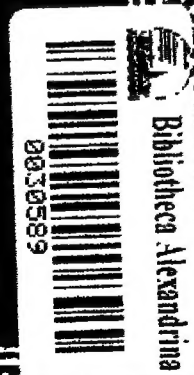


أحكام
التزكيات والمواثيق

محمد أبو زهرة

دار
الفكر العربي



أحكام التركات والموارث

الإمام محمد أبوزهرة

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي
١١ ش. براد مستق. القاهرة
ص. ١٣٠ ت: ٣٩٢٥٥٢٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين
وعلى آله وصحبه أجمعين •

أما بعد : فان المواريث قد تولى قسمتها القرآن الكريم في محكم آياته ،
وشرحتها السنة النبوية بمتصافر الأخبار ، ومشهور الآثار ، وخرج أحكامها ،
وقايس بين أشباهها أعلام الصحابة ، وأئمة الفقهاء ، وان الباحث إذا تتبع
أحكام هذه الشريعة الخالدة لم يجد من بينها ما فصله القرآن تفصيل الفرائض ،
ولقد عد العلم بها عند بعض العلماء ثلث علم الدين ، لقول النبي الكريم :
العلم ثلاثة ، وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة ، أو سنة قائمة ، أو فريضة
عادلة ، ولقد صرح الأكثرون بأنها نصف العلم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم
صرح بذلك اذ قال : (تعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فانه نصف العلم ، وهو
أول شيء ينسى ، وأول شيء ينتزع من أمتي) •

وإذا كانت تلك منزلة الفرائض في فقه هذه الشريعة : فقد عدها بعضهم
علما قائما بذاته ، ولم يعتبر بابا كسائر أبواب الفقه وأقسامه ، ولقد تتابعت
فيها المؤلفات قديما وحديثا : وكان من الأقدمين كما كان من المتأخرين من
خصها بالتأليف ، وأفردها بالتصنيف ، وكان ذلك من دواعي إجحافنا عن
الكتابة فيها مع تمرسنا بتدريسها ، لأننا لا نكتب فيما كررت الكتابة فيه ،
حتى لا يكون قولنا من مكرور القول ، ولكيلا يكون تأليفنا صدى لأقلام
غيرنا • ولكي يكون غيما نكتب فائدة تبتغي ، ومعنى خاص لأجله يقصد •

ولكننا وجدنا أخيرا الحاجة ماسة إلى الكتابة في المواريث والتركات ،
لأن التركات اتخذت حيزا في عدد من قوانيننا ، ففى القانون المدنى الجديد
أحكام مستفيضة خاصة بتصفية التركات ، وفي الوصية بيان لبعض أحكام لها
بالميراث صلة وقانون المواريث نفسه في مواده ما يحتاج إلى فصل البيان ،
لمعرفة الأصل الذى اشتق منه ، والمصدر الذى صدر عنه •

من أجل هذا كتبنا ذلك الكتاب ، وتحرينا فيه أن ينتفع به الطالب ،
فيجد فيه مسائل الفرائض ذللا - سهلة المأخذ - قريبة المتناول ، كما تحرينا
أن يجد فيه الباحث ما ينقع غلته . وإن لم يشبع نهمته .

ولذلك :

١ - جهدنا في أن يكون في الكتاب تسهيل وتوضيح لأصول الفرائض
وتقسيمها وأكثرنا من ضرب الأمثال ، وتوضيح الحلول ، وإزالة ما يحتمل
أن يلتبس على الطالب ، ويشتبه عليه .

٢ - واجتهدنا في بيان الأدلة التي توضح المصدر الشرعي ، والمنهج
القياسي . فإن ذلك يرهف قوى الاستدلال لدى طالب القانون ، ويعوده النقد
البرهاني المستقيم .

٣ - ولقد وازنا بين ما جاء في القانون المدني من أحكام تصفية
التركات . وما جاء في الشريعة الإسلامية ، فأشرنا إلى ما اجتمعا فيه ، وما
اختلفا . لنتميز القواعد الشرعية عن القواعد القانونية .

هذا وإنا نضرع إلى الله العلي القدير أن يمن علينا بنعمة التوفيق ،
فإنه لولا فضل الله وتوفيقه ما كان لنا من أمرنا يسر ، وما كان لنا هدى
فيما نكتب . الحمد لله الذي هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدي لولا أن
هدانا الله .

محمد أبو زهرة

محرم سنة ١٣٨٣

مايو سنة ١٩٦٣

تمهيد

في بيان نوع الملكية بالميراث بالنسبة لغيره

١ - الملك بالميراث قسيم لنوعين آخرين من أسباب الملكية ، وذلك لأن أسباب الملكية ثلاثة :

أولها : أسباب منشئة للملكية بعد أن لم تكن ملكية قط على الشيء ، وهي إحراز الجاه والصيد ، والاستيلاء على المعادن والكنوز ، وغير ذلك مما يعد إنشاء للملكية على شيء لم تكن ملكية ثابتة عليه من قبل .

وثانيها : أسباب ناقلة للملكية من حيز إلى حيز - وهي التصرفات الناقلة للملكية سواء أكانت في أصل وضعها لنقل المال من مالك إلى مالك ، أم كانت موضوعا لمقاصد أخرى ، ولكن جاء نقل الملكية تبعا للمقصد الأصلي ، كالمهر في الزواج - فإنه ينقل إلى ملكية الزوجة بعد الزواج ، وإن لم يكن عقد الزواج في حقيقته لنقل ملكية المالك ، بل المقصد الأول هو حل العشرة الزوجية بين الزوجين وجاء المهر تبعا لذلك .

ثالثها : الملكية بالخلافة عن المالك ، وهذا النوع هو الذي تتول الملكية فيه إلى شخص له صلته بالمالك الذي مات : لأن الموت يذهب بالذمة المالية للميت على تفصيل في ذلك ، فكان لابد أن ينتقل ما كان له من أموال وحقوق إلى آخر يعد خليفة له - وهذا الذي تنتقل إليه الأموال والحقوق يكون في أغلب وجوده امتدادا لوجود الميت ، أو ممن عاونوه وناصروه في حياته ، حتى كادوا يكونون شركاءه في تكوين ماله وحمايته .

٢ - وهذه الخلافة قد تثبت بحكم الشارع ، وهذا في الموارث ، فإن خلافة الوارث للمورث فيما له من أموال وحقوق تثبت بحكم من الشارع ، لا بإرادة المورث ، بل من غير إرادة الوارث ، ولذلك قالوا إنه لا يدخل شيء في ملك الإنسان جبرا عنه سوى الميراث ، فإنه يدخل في ملكه من غير إرادته . وقد تثبت هذه الخلافة بإرادة المتوفى ، وهذا في الوصية ،

فالوصى له يملك ما يوصى به بمقتضى ما صدر عن الموصى ، وهى خلافة اختيارية من الموصى ومن الموصى له ، فالوصى أراد أن يكون هذا خليفته فى قدر محدود من ماله ، والموصى له قبل تلك الخلافة مريد مختار .

٣ - ولقد حدد الشارع حدودا للخلافة الاختيارية فى القدر الذى تجوز فيه ، وفى صفة الموصى له ، وفى الباعث على تلك الخلافة ، وفى الشروط المقترنة بها ، ولم يترك الأمر فيها لإرادة الموصى ، لأن الأصل عند فقهاء المسلمين أن الشارع هو الذى يتولى أمر الخلافة فى مال الميت ، وينظمها ، ولكن لكى يتدارك الشخص ما عساه قد يكون قد فاتته فى حياته من واجبات أجاز له الشارع الإسلامى أن يختار خليفته فى قدر معين من تركته ، وهو الثلث ، على أن يكون فى ذلك غير متجانف لإثم ، ولا قاصد لأمر محرم ، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم : (إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم ، فضعوه حيث شئتم) وروى أن سعد ابن أبى وقاص كان مريضا فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : يا رسول الله أوصى بجميع مالى ؟ فقال : لا ، فقال : فبثلثى مالى ؟ قال : لا ، قال فبنصف مالى ! قال : لا ، قال : فبثلث مالى ! قال عليه الصلاة والسلام : الثلث والثلث كثير ، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكفون انفسا . وبهذين الحديثين ثبت أن الشارع الإسلامى جعل الخلافة له ، يتولاها بالتنظيم والتوزيع العادل - وترك للشخص التصرف بعد وفاته فى الثلث فقط تداركا لما فاتته من واجبات ، كما قلنا ، ورفعنا لخسيصة من يرى له حقا فى ماله ، أما الثلثان فأمرهما إلى الشارع الحكيم ، وقد قال تعالى بعد أن أعطى كل ذى حق حقه « يبين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شىء عليم » .

وقد بينا الخلافة الاختيارية فى كتابنا الوصية ؟ والآن نتكلم فى الخلافة الإجبارية ! وهى الميراث ، وقبل أن نخوض فى بيان التقسيم الميراثى العادل ، وطرق التوزيع نتجه إلى بيان الحقوق المتعلقة بالتركة ، ووقت تعلقها ، ومعنى التركة ، وترتيب الحقوق فيها .

القسم الأول

حق الملك بالخلافة وحق الدائنين

ووقت تعاقبهما بالتركة

٤ — تبين مما تقدم أن الخلافة قسمان : خلافة اختيارية • وهى بالوصية فى الحدود التى رسمها الشارع والقانون ، وخلافة إجبارية ، وتكون بالميراث • وكلتا الخلافتين تتم وتترتب أحكامهما إذا حصلت الوفاة ، فلا غارق بينهما فى هذا : بيد أن الخلافة الاختيارية لا إلزام بها مطلقا قبل الوفاة ، ولو فى مرض الموت ، لأنها لا تلزم إلا بالوفاة ، فهى قبل الوفاة غير ملزمة لأحد ، فلا تتعلق بشئ من أموال المريض مرض الموت ، أما الخلافة الإجبارية : فإنها ملزمة قبل الوفاة ، ولذلك يثبت الحق فى هذه الخلافة من وقت نزول مرض الموت^(١) وينازعه ، بل يثبت بشكل أقوى — حق الدائنين •

وذلك لأن الموت تثبت به حقيقتان : إحداهما العجز المطلق ، وثانيتهما خلافة الوارث عن المورث فيما كان له من أموال وحقوق على تفصيل فيها • والعجز يجعل ذمة الميت غير صالحة لتعلق الحقوق بها وحدها • فتصير الديون التى كانت لغيره قبله متعلقة بماله معها ، لا بذمته فقط ، كما يثبت بالخلافة حق الوارث فى الأشياء التى يتركها المورث ، ولهذا يثبت بالموت حق الغرماء والورثة فى التركة ، ولما كان المرض الذى أفضى إلى الموت هو سببه العادى ثبت حق الورثة والغرماء من وقت حدوث ذلك المرض ، لأن الحقوق ، والأمور تضاف إلى أسبابها •

وبيان ذلك • أن المرض إذا اتصل بالموت صار المرض موصوفا بأنه مميت إذ الموت يحدث بضعف القوى شيئا فشيئا ، وكل جزء من المرض مضعف لبعض القوى ، وكل وقت يمر بالشخص مريضا هو جزء من الطريق الذى

(١) التعريف الجامع المستع لمرض الموت ، أنه المرض الذى يتحقق فيه امران ، أحدهما أن يكون مريضا من شأنه أن يحدث الموت غالبا — ثانيهما — أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به ، وقد اختلف الفقهاء فى إماراته اختلافا طويلا •

ينتهي بالموت ، فكان الموت إذن مضافاً إلى المرض من وقت نزوله بالمرضى ، وصارت مجموعة أحوال المرض وأطواره وتدرجه من احتمال القوى الإنسانية له إلى تخاذلها عن احتماله بمنزلة جراحات متفرقة أدت إلى الموت ، وعلى ذلك يكون الموت قد ابتدأ يجب في الجسم من وقت حلول المرض به ، وابتدأ العجز من ذلك الوقت ، وإذن فقد ابتدأت الذمة لا تصلح لتعلق الديون بها ، فصار حق الدائنين متعلقاً بالأموال لا بها ، كما ثبت حق الخلافة ، فيتعلق حق خلافة الوارث بما له أيضاً ، وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أن حق الغرماء في استيفاء ديونهم وحق الورثة في الخلافة يثبتان من وقت نزول مرض الموت (٢) .

٥ - وإذا كان كلا الحقين يثبت من وقت نزول مرض الموت ، فهما مختلفان في نوع التعلق ومداه ، فالغرض من تعلق حق الدائنين بماله هو التمكن من الاستيفاء ، ولذا يتعلق بمال المريض معنى لا صورة ، أى أنه لا يتعلق بذات الأشياء ، بل يتعلق بماليتها ، أى مقدار ما فيها من مالية ، وهو قيمتها التي يقومها المقومون ، ولذا يصح للورثة بعد موت مورثهم أن يستخلصوا التركة بسداد ما عليه من ديون ، كما يصح لهم أن يشتروا بعض أعيان التركة بقيمتها في حياة المورث ، وكما يصح للمريض مرض الموت أن يبيع بعض ماله لأجنبي بقيمته ، ولو كان حق الدائنين متعلقاً بذات المال لا بقيمته ما ساع للمريض أن يبيع بقيمته ، ولا ساع للورثة أن يشتروا بعض المال في حياة المريض .

أما حق الورثة في الخلافة فإنه يكون بعد الديون في الرتبة ، وهو يتعلق بثلاث التركة بعد الدين ، لا بالتركة كلها ، وأما بالنسبة لتعلقه بالمالية أو بالذات فقد اختلف في ذلك الإمام أبو حنيفة مع الصحابين ، فقد قال الصحابان أنه كحق الغرماء متعلق بمالية التركة لا بأعيانها وذواتها في مدة مرض الموت ، سواء أكان ذلك بالنسبة للورثة ، أم بالنسبة لأجنبي ، ولذلك يصح عندهما أن يبيع المريض مرض الموت ماله لبعض ورثته بمثل القيمة ، لأن ذلك لا يمس حق الورثة ، إذ حق الورثة في سلامة المالية في ثلثي التركة ، وذلك يثبت بالبيع بمثل القيمة من غير غبن مطلقاً بلا فرق بين أن يكون البيع لوارث أو غيره .

(٢) راجع في هذا كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام الجزء الرابع من ١٤٢٧ . وما يليها .

وقال أبو حنيفة : يتعلق حق الورثة بالمالية بالنسبة لتصرفات المريض لغير الورثة ، أما بالنسبة لتصرفه مع الورثة فحقهم متعلق بالمالية وذات التركة : أو كما يعبر الفقهاء - متعلق بالأموال صورة ومعنى ، وذلك لأن حقهم في الاعتراض على تصرف المريض مع الأجنبي لكي يضمنوا سلامة ثلثي التركة لهم ، وثلثا التركة يقدران بالقيمة : فصار الحق متعلقا بقيمة التركة أى بمعناها أو بمالياتها ، لا بصورتها وأعيانها ، أما حقهم في الاعتراض على تصرفه مع الوارث ، وهو مريض مرض الموت فسببه ان يضمنوا أنه لم يؤثر بعض الورثة على بعض بعد وفاته : لأن الله سبحانه وتعالى وزع الموارث في كتابه . وكل من قصد غير ما في كتاب الله تعالى رد عليه قصده . وإن الإيثار كما يكون بالمحاباة بالعطاء من غير عوض يكون بأعيان يختارها له ، ولو كانت بقيمتها . وذلك لتكون الأحكام الفقهية بالنسبة للورثة تسير على نظام منطقي واحد . إذ أنه لو أراد أحد الورثة بعد الوفاة أن يختص بإحدى أعيان التركة بقيمتها لا يتم له ذلك إلا برضا الورثة . فكذاك الحكم لو أراد ذلك المورث في آخر حياته ، وقد تعلق بالمال حق الإرث (٢) .

٦ - هذا هو الفقه ، والاختلاف بين أئمة المذهب الحنفى بالنسبة لتعلق حق الورثة بثلثي المال في حال مرض الموت ، ولكن المقول به الآن ، ان حق الورثة في ثلثي المال من حيث التصرف - لا يختلف بالنسبة للتصرف مع الأجنبي ومع الوارث على سواء . وذلك لأن قانون الوصية أجاز الوصية لوارث كما أجازها للأجنبي على سواء . فهو يجيز محاباة الوارث بثلث المال بعد الديون ، وإذا كانت المحاباة بثلث المالية جائزة ، فكذلك تكون المحاباة بصورة المال جائزة : فيكون الأمر على نظام منطقي واحد ، فيجوز أن يختص بعض الورثة ببعض ماله بقيمته ، لأنه يجوز أن يختص به من غير قيمته .

وفوق ذلك قد أباح قانون الوصية للشخص أن يوصي بتقسيم تركته بين ورثته وتخصيص نصيب لكل واحد من ورثته ، ولو كانت في ذلك مصابة لبعضهم بشرط ألا تتجاوز المحاباة الثلث : ولا حاجة في تنفيذ هذه الوصية

(٣) راجع في هذا كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٤٢٩ ، فقد ذكر الخلاف بين الإمام والصاحبين في هذا . ولكن نقل في شرح السراجية ان حق الورثة منعلق بالمالية ، لا بعين التركة ، واطلق ولم يفرق بين حال التصرف مع الأجنبي والنصرف مع الوارث ، وهو في ذلك رأى الصاحبين .

ألى أجازة الورثة ، وقد نصت على ذلك المادة الثالثة عشرة من قانون الوصية ، وهذا نصها :

« تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاة الموصى ، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية » •

وإن إجازة الوصية لو ارث أو محاباته في مرض الموت ، لم يعتمد عليها القانون على مذهب من المذاهب الأربعة ، بل اعتمد على بعض مذاهب الشيعة ، وتعلق ببعض نصوص القرآن الكريم •

أما لزوم الوصية بتقسيم التركة من غير مصابة بزيادة في الاستحقاق ، فقد اعتمد فيه على قول في مذهب الشافعي ، وعلى أحد الوجوه في مذهب أحمد رضي الله عنهما (٤) •

٧ - ومهما يكن وجهه تعلق حق الورثة في الخلافة حال مرض الموت فإنه من المتفق عليه أن ذلك الحق ثابت ، وهذا يثير الفقهاء بحثاً نظرياً في نوع ذلك الحق ، أهو حق الملكية في ثلثي ما يبقى بعد الديون ، أم هو مجرد الحق في الخلافة لا يثبت ملكاً ، وإنما الملكية تبتدىء فقط من وقت الوفاة ؟

يذكر الكاساني في بدائع خلافاً بين المتقدمين والمتأخرين من الفقهاء في ذلك ، ويسوق لذلك أدلة ، فيقرر أن المتأخرين يرون أن حق الوارث في وقت مرض الموت لا يتجاوز حقه في الخلافة ، وأنه ثبت في وقت المرض لكي يصان ثلث التركة للوارث ، وهما الحق الذي قرره الشارع له ، وهو يمنع المريض من أن يتصرف فيه بعد الوفاة ، ويقرر أن بعض المتقدمين يرون أن ذلك الحق هو حق ملكية ، ومع أن ذلك الخلاف نظري ليس فيه جدوى من ناحية العمل ولا من ناحية النتيجة المقررة نذكره لأن فيه بياناً لناحية تفكير الفقهاء السابقين ، ولذلك نبين أدلة الفريقين ليكون البيان أتم •

يستدل للمتقدمين في ادعائهم أن حق الورثة فيما يتعلق به من ثلثي التركة يعهد الديون - حق الملكية بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال :

(٤) راجع في هذا شرح قانون الوصية للمؤلف .

(إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم) - وهذا التصديق يكون باستبقاء الملك على الذمة وقت مرض الموت في الثلث ، وهذا يقتضي أن الثلثين قد زال ملكهما عن المريض ، وإذا كان قد زال الملك في الثلثين : دخلت ذمته منه ، فإنه سيؤول إلى الورثة ، لأنهم خلفاؤه في ماله ، ولأنهم أقرب الناس إليه ، وحياتهم امتداد لحياته ، ولقد أجمع فقهاء المسلمين على أن تبرع المريض مرض الموت لا ينفذ في أكثر من الثلث إلا بأجازة الورثة ، ولو كان ملكه ثابتا في الثلثين لنفذ تبرعه بالزيادة على الثلث : فعدم نفاذه دليل زواله ، ولا يزول إلى غير مالك - بل يزول إلى مالك هو الورثة ، ومع اتفاق المتقدمين من الحنفية على أن حق الورثة في مرض الموت هو حق ملك اختلفوا أهو ملك من كل وجه أم هو حق ملكية ثابتة من وقت الوفاة ، ولكنها مستندة إلى وقت المرض ، وقد اتفق الفريقان على أن الملكية لا تظهر إلا بالوفاة ، والفرق بين الرأيين أن الموت على الرأي الأول يكشف عن حقيقة ثابتة كانت مستورة قبله ، وهي أن الأموال كانت ملكا للورثة من وقت وجود سبب الموت ، وهو مرض الموت ، أما الرأي الثاني فيقول أن الموت هو سبب الملكية بالخلافه فلا توجد الا بوجوده ، ولكن إذا ثبتت الملكية بالموت تثبت مستندة إلى أول أعراض الفناء وهو مرض الموت •

هذا نظر المتقدمين - ودليلهم ، أما دليل المتأخرين في قولهم أن الورثة يثبت لهم في وقت مرض الموت حق الخلافة ، وليس ذلك ملكا من أى وجه من الوجوه - فعماده الإجماع على أن تبرع المريض بأكثر من الثلث لا يمس في حياته ، ولكن ينقض بعد وفاته إن أراد الورثة نقضه وكان هناك مسوغ - ففقد كان تصرفا منعقدا نافذا - وهو يدل على أنهم ما كانت لهم ملكية قبل الوفاة ولو بسبيل الاستناد ، وفوق ذلك فإنه من المتفق عليه أنه لو كان الوارث غير أهل للميراث وقت مرض الموت ، ثم يصير أهلا عند الموت فقد اتفقوا على أنه يكون وارثا ، ويكون له كل حقوق الوارثين من الاعتراض على كل تبرع يتجاوز الثلث ، فلو كان حق الورثة هو الملكية وقت مرض الموت وقبل موته ما كان لهؤلاء الذين ورثوا ، ولم يكونوا أهلا للميراث في المرض كغير مسلم أسلم - حق في الميراث ، لأن باقى الورثة قد ملكوه ، وما كان لهؤلاء الذين صاروا وارثين عند الوفاة الحق في نقض ما تبرع به مورثهم ، لأن حق الإرث لم يكن ثابتا طول مدة مرض الموت ، ولكن ثبت لهم حق الاعتراض ، فلا يمكن أن يكون حق الوارث في الاعتراض حق ملكية ، ولو من وجه

الإستناد ، لأن شرط الإستناد الصلاحية لأن يثبت الحق في المدة التي يستند الحكم إليها^(٥) .

وفي الحق أن نظر المتأخرين هو المعقول ، لأن إعطاء الوارث حقا في حال حياة المريض إنما هو فرض وأمر اعتباري ليستقيم منطق الأحكام . وتتسق المبادئ الفقهية ، إذ ثبت شرعا أن للوارث إبطال بعض التصرفات التي تصرفها الميت في أثناء مرض موته ، فلا تنفذ تلك التصرفات إلا بإجازته مع صدورها في حياة من له الأهلية الكاملة والولاية التامة ، وإذا كان ذلك ثابتا للوارث قبل تقرير ميراثه فلا بد أن نفرض له حقا في آخر حياة مورثه ، حتى يمكن أن يكون له حق نقض بعض التصرفات ، ويجب أن يقدر ذلك الحق بأقل الصور التي يتصور معها ثبوت حق الإجازة والمنع بعد الموت فيكتفى في ذلك بفرض حق الإرث أو حق الخلافة له في حال حياة الوارث ، لأن الأمور الفرضية لا تقدر إلا بمقدار الضرورة الفكرية التي تضطر الباحث إلى فرضها ، ليستقيم منطق الأحكام ، وتأخذ المبادئ الفقهية بعضها بحجز بعض .

٨ - ولابد من التنبيه هنا إلى أن المريض بمرض الموت أثناء مرضه ليس لأحد عليه من سلطان ، وإنما ينظر في تصرفاته بعد وفاته ، فإن كانت تمس حق الورثة في الحدود التي ذكرناها كان لهم الاعتراض عليها ونقضها ، أو كانت موقوفة على إجازتهم ، لأنه يتبين أن التصرفات تمسهم ، وليس لهم الاعتراض في حياته لأن المرض لا يتبين أنه مرض موت ، إلا إذا اتصلت به الوفاة فعلا ، وليس لهم الاعتراض قبل تحقق السبب المنشئ لحق الاعتراض وكذلك الدائنون ليس لهم الحق العيني في أموال المريض إلا إذا ثبت أن المرض مرض موت بأن اتصل الموت به ، وفي حال حياته ليس لهم الاعتراض ، إلا بقدر ما للديون في ذاتها من قوة ، من غير نظر إلى مرض المدين أو سلامته .

٩ - وقد نوهنا فيما قلنا إلى أن حق الدائنين مقدم في الاعتبار عن حق الورثة ، وإن ذلك يقتضى عند النظر في التصرفات التي تصرفها الميت أثناء المرض الذي أنتهى بموته أن نبين حالين :

(٥) راجع في هذا البدائع ج ٣ ص ٢٣٠ وما يليها .

(إحداهما) إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، وفيها سداد لها أو لم يكن ، وحق الدائنين في هذه الحال أن تسلم قيمتها لهم ، فكل تصرف حدث في أثناء المرض لا يمس القيمة في جملتها فهو نافذ ، وإن لم يجيزوه ، وكل تصرف يمسها فهو غير ملزم لهم ، بل لهم نقضه بعد وفاته . فكل تبرعاته قابلة للنقض منهم ، ولا تلزمهم ، وكذلك كل بيع أو شراء فيه غبن ولو كان يسيراً لهم حق فسخه إلا إذا زاد المشتري أو نقض البائع مما يزيل الغبن ، لأن حقهم تعلق بالقيمة والمالية فيجب أن تسلم لهم — وإذا باع أو اشترى بلا غبن لم يكن لهم أن ينقضوه ، لأن حقهم متعلق بالقيمة وقد سلمت لهم ، فلا وجه لاعتراضهم ونقضهم ما أبرم .

ولا شأن للورثة بالتركة إذا كانت مستغرقة بالدين على تفصيل سنبينه ، بيد أنهم إذا أرادوا استخلاصها بقيمتها ، وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخذ القيمة وتسلم التركة ، وإن كانت قيمة التركة أقل كان لهم استخلاصها بأداء الدين كله . وليس لهم استخلاصها بقيمتها جبراً ، لأن للدائنين الحق في استيفاء ديونهم كاملة ، وليس لأحد أن يجبرهم على نقصها ، وعساهم ييقون التركة حتى يستطيعوا بيعها في وقت تعلق فيه قيمتها ، ويكون فيها وفاء لديونهم .

(ثانيتهما) إذا كانت التركة مديونة بدين غير مستغرق ، ومن حق الورثة أن يسلم ثلثاً قيمة التركة بعد الدين . فكل تصرف للمريض يمس هذين الثلثين بتبرع أو محابة فللورثة نقضه بعد وفاته ، أو هو يتوقف في نفاذه على إجازتهم من بعد الوفاة . وعلى ذلك يكون كل عقد مبادلة نافذاً من غير حاجة إلى إجازة الورثة إذا لم تكن فيه محابة أصلاً ، ولا يدخل في المحابة التصرف مع الغبن اليسير . وكذلك إذا كان فيه محابة وكانت المحابة لا تتجاوز الثلث ، فإن تجاوزت الثلث كان لهم نقضه أو توقف على إجازتهم على حسب اختلاف الفقهاء في التعبير .

١٠ — هذا ويلاحظ أن التصرفات التي تكون قابلة للنقض بعد الوفاة هي التصرفات المالية المحضة التي يكون فيها نقص لرأس المال ، ولا تكون قضاء لحاجاته الأصلية ، وعلى ذلك لا يكون قابلاً للنقض :

(أ) النكاح والخلع ولو ترتب عليهما مغارم مالية ، ولكن على ألا يتجاوز المهر مهر المثل ، وألا يزيد بدل الخلع على ثلث المال ، فإن تجاوز

المهر المثل لا ينقض النكاح ، ويجب مهر المثل فقط ، وإن تجاوز بدل الخلع ثلث المال لا ينقض الخلع ، ولكن لا يجب بدلا إلا الثلث •

(ب) ولا يكون قابلا للنقض شراء الأدوية وحاجاته التي لا يستغنى عنها ما لم تكن فيها محاباة ، فإذا خلت من المحاباة ، بأن اشتراها بقيمتها أو بغير يسير يتغابن الناس في مثله عادة ، فالتصرف نافذ غير قابل للنقض ، فإن كان في التصرف محاباة بغير فاحش لا يتغابن فيه الناس عادة كان ذلك تبرعا قابلا للنقض من الدائنين ومن الورثة كل لحفظ حقه •

(ج) وليس من مواضع الاعتراض وطلب النقض — العقود الواردة على المنافع كالإجازة والإعارة ، لأن حق الورثة والدائنين يتعلق بالأعيان نفسها لا بمنافعها ، ولأنه بمقتضى المذهب الحنفى عقود المنافع لا تبقى بعد موت المؤجر بل تفسخ الإجازة والإعارة ، وعلى مقتضى المذاهب التي تبقى الإجازة بعد وفاة المؤجر يسرى على الإجازة النافذة بعد الوفاة ما يسرى على عقد البيع ، من حيث ما يكون فيها من محاباة •

١١ — هذه هي الشريعة الإسلامية في احتياطها للدائنين وللورثة من أن يمس المريض مرض الموت حقا من حقوقهم في أثناء مرضه ، فجعلت لهم حق نقض كل تصرف يمس حقوقهم في الدائرة التي رسمناها •

والآن نتجه إلى القانون المدنى الجديد لنرى مقدار احتياطه للدائنين والوارث وصلته بالفقه الإسلامى ، أما الاحتياط للدائنين من التصرفات الصادرة في مرض الموت ، فلم نجده سوغ نقض التصرفات التي يكون فيها غبن ، ولو كان يسيرا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، بينما سوغت الشريعة كما ذكرنا للدائنين الاعتراض في هذه الحال ، لأن حقه في القيمة خالية من أى نقض كما ذكرنا ، بل لم نجد من مواد القانون المدنى ما يسوغ للدائنين الاعتراض على تبرعات المريض مرض الموت ، بعد حدوث الموت ، ولو كانت التركة مستغرقة بالديون ، ولعله ترك ذلك للضمانات العامة التي ذكرت حقا للدائنين فلم يخص المريض مرض الموت بضمانات خاصة •

أما الاحتياط للورثة ، فقد كان القانون أشد احتياطا ، لما جدد من طرق التلاعب بحقوق الورثة ، فهو :

(أ) يقرر كما قررت الشريعة أن البيع إذا كانت فيه محاباة تجاوزت

ثلث التركة ، لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفى بتكملة الثلثين ، أما إذا لم تبلغ الزيادة الثلث أو لم تتجاوزته فإن البيع يسرى في حقهم من غير حاجة الى إقرارهم(١) .

(ب) ويقرر أيضا أن كل تبرع في مرض الموت يعتبر وصية ، تتوقف على إجازة الورثة إن تجاوزت الثلث ، وهو في ذلك يستقى من الشريعة .

(ج) ولكنه يبالغ في الاحتياط لها ، فيعتبر كل تصرف (ولو ذكر أنه مبادلة مال بمال) تبرعا إلا أن يقيم الدليل المتصرف معه على أنه دفع الثمن ؛ لأنه عسى أن يكون البيع صوريا وهو تبرع لبس لبوس البيع ، فيفرض ذلك حتى يقوم الدليل على خلافه ، وهو في ذلك ينهج منهج القانون المدنى القديم على أحسن التخريجات التى جاءت في بيع المريض الموت(٢) فيه .

(د) ويقرر أيضا أن البيع الذى يحتفظ فيه البائع بالعين وينتفع بها مدى حياته وصية أيضا . ولو كان من صحيح(٣) .

(٦) وهذا ما اشتملت عليه الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١٧٧ ، وهذا نصها :

(أ) إذا باع المبرض مرض الموت لوارث أو غير وارث بثمن يقل عن قيمة البيع وقت الموت فإن البيع يسرى في حق الورثة ، إذا كانت زيادة قيمة البيع عن الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته .

(ب) وأما إذا كانت هذه الزيادة تتجاوز ثلث التركة فإن البيع فيها يجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفى بتكملة الثلثين .

(٧) راجع كتاب الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للمؤلف .

(٨) هذه الأحكام اشتملت عليها المادتان ٩١٦ : ٩١٧ ، وهذا نصها :
مادة ٩١٦ — (١) كل عمل قانونى يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

(ب) وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم ، وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بكل الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

(ج) وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة مخالفة . =

وفي كل ذلك احتياط لفكرة الشريعة من الاحتفاظ بالثلثين للورثة ، وهو احتياط حسن يجعل الأحكام القانونية تسير على نسق فقهي ، واحد ، وما استحدثه احتياطاً هو لدفع ما استحدثه الناس من حيل ، وغايته فيه تنفيذ الفكرة الشرعية تنفيذاً سليماً .

حق الورثة والدائنين بعد الوفاة

١٢ - ما ذكرناه كان بياناً لحق الدائنين والورثة في وقت مرض الموت ، وقد كشف الموت عن هذه الحقوق ، وقد بينا سبب تعلق هذه الحقوق ، وقلنا أنه أمر فرضي لتنسيق الأحكام التي قررت بالموت ، وكان من مقتضاها نقض بعض التصرفات التي صدرت في المرض ، ولا شك أن حقوق الدائنين والورثة بعد الوفاة تكون أقصوى منها قبل الوفاة لأن فرض حق قبل الوفاة إنما هو لمنع الاعتداء على الحق المقرر الثابت بعدها ، فالأول حق يعد وسيلة لمقصد ، وهو الحق الثابت بالوفاة ، والآن نتكلم عن حق الدائنين والورثة وتنازعهما ، قبل أن نتكلم في توزيع مال الميت .

١٣ - وأول ما يثار في هذا الجزء من القول سؤال هو : هل تنتهي ذمة الميت بالوفاة ؟ إن من المقصور أن الذمة أمر فرضي اعتباري ، يفرض ليكون محلاً للالتزام وللإلزام ، أي ليكون لتعلق الحقوق والواجبات بالشخص ، وإذا كان أمراً اعتبارياً ، فإنه يصح فرضه في حال الوفاة ، كما يصح فرضه في حال الحياة ، ولكنه يفترض لثبوت بعض الحقوق للميت كتجهيزه وتكفينه ، وتنفيذ وصاياه ، وقيام واجبات بتركته ، كسداد ديونه ، ولذلك قرر كثير من الفقهاء أن ذمة الميت تسبق حتى تسدد ديونه ، وتنفيذ وصاياه ، بل لقد قرروا أنه قد تثبت له حقوق جديدة بعد الوفاة لم تكن ثابتة إذا باشر أسبابها في حياته ، وتكون عليه واجبات جديدة إذا باشر أسبابها في حالة حياته أيضاً ، وضربوا لذلك مثلاً ، إذا حفر حفرة ليصطاد فيها حيواناً ، ولكن لم يقع الحيوان في الحفرة إلا بعد الوفاة ، فإنه يكون تركه

= مادة ٩١٧ - إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأى طريقة كانت بحياسة العين التي تصرف فيها ، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسير عليه أحكام الوصية ما لم يعم دليل يخالف ذلك ، ١ هـ .
وقد قيدت التصرف بأنه لو ارث كما ترى ، وما كان يسوغ ذلك ، إذ قد يتحقق هذا المعنى لغير الوارث كما يتحقق في الوارث .

له ، ويكون حكمه حكم ما كان له من الأملاك • فإنه باشر السبب • وكذلك إذا حفر حفرة في طريق عام فتردى فيها إنسان أو دابة • فإنه تثبت الدية ، ويكون الضمان في تركته •

ولقد اشترط الحنفية لبقاء ذمة الميت بعد وفاته أن يكون له مال ، أو يترك كفيلا بما عليه من ديون ، وذلك لأن الذمة لا تفرض إلا لحاجة فكرية تدعو إلى فرضها ، وهو إذا مات من غير مال مطلقا ولا كفيل له فإن ديونه تذهب بالتوى أو تثبت في بيت المال على رأى بعض قليل من متقدمى الفقهاء غير الحنفية يرون أن أداء ديون الغارمين من مصارف الزكاة : وعلى كلا الرأين لا يجب شيء على الميت ، وإذا كان لا يجب شيء لعدم جدوى الوجوب ، فلا يكون ثمة مقتضى لفرض ذمة لشخص قضى نحبه • ولكن إذا كان له مال فثمة وجوب ، والوجوب يقتضى ذمة يتعلق بها ، وإن كان الدين بعد الوفاة قد تعلق بالتركة أيضا لضعف ذمة الميت عن احتمال الدين وحدها • وكذلك إذا كان ثمة كفيل قد كفل الميت قبل أن يموت ، لأن المطالبة لا تسقط بموت الأصل مفلسا ، ولكن مطالبة انكفيل فرع مطالبة الأصل • فلو سقط حق المطالبة عن الأصل يسقط لا محالة عن الكفيل ، فلا بد إذن من فرض وجوب الأداء على الأصل • ولا بد حينئذ من فرض ذمة يتعلق بها الوجوب •

وإذا مات من غير مال ولا كفيل فهل يجوز أن يكفل دينه أحد • ويكون ملزما بالأداء عنه اختلف في ذلك الإمام والصاحبان : فأبو حنيفة قال : أنه لا يجوز الكفالة التي تنشأ بعد موته ، إذا لم يكن له مال ، لأن شرط تحقق الكفالة أن يكون المكفول عنه مطالبا بأداء الدين ، وبموت الشخص من غير مال ، ولا كفيل عنه في حياته تسقط عنه المطالبة ، ويذهب الدين بالتوى : فلا يمكن أن يتحقق معنى الكفالة الذى هو ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة •

وقال الصاحبان يصح أن تنشأ الكفالة من بعد وفاته استحسانا : لأن بعض الصحابة كفّلوا عن ميت ديونه بعد موته • وأقر النبی صلى الله عليه وسلم صنيعهم ، فكان هذا دليلا على صحة الكفالة بعد الموت والإلزام بمقتضاها ، لأن الدين لم يسقط ، ولكن لا نطالب به للعجز المطلق عن الأداء ، فصح ضمانه ، كما تصح الكفالة في دين على العبد ، وإن كان عاجزا عن الاداء •

وعلى مذهب الصاحبين إذا تمت الكفالة يكون للميت ذمة ، كما لو كانت الكفالة قبل موته على ما بينا •

١٤ - من هذا الكلام يتبين أن الميت له ذمة ما دامت له تركة ، ولم تسدد ديونه أو لم تنفذ وصاياه ، حتى إذا سددت الديون ونفذت الوصايا ، لم تبقى له ذمة قط ، وإذا انقطعت كل الالتزامات والحقوق ، وصار من الغابرين ، وقبل أن تسدد الديون تكون متعلقة بالذمة والتركة معا ، لأن الذمة وحدها لا تحصل الديون ، إذ قد صارت ضعيفة بالموت ، وإن كان لم يزلها ، فلا تقوى على احتمال الديون وحدها ، فخصمت إليها التركة ، لكي يمكن أن تستوفي الديون ، بتتبع الأموال ، لأنه وإن كانت ذمة الميت باقية لا يمكن تتبعه ليؤدي - فأقيم تتبع المال مقام تتبعه ، ليستوفي من المال ، بدل أن يلزم بالأداء من لا يمكن إلزامه •

١٥ - ولكن ما حاق الورثة بجواز الديون ، ومتى تثبت الملكية لهم ؟ إنه بلا شك إذا لم تكن ثمة ديون فإن الملكية تثبت فور الوفاة ، بل لقد روى عن محمد أن الملكية تثبت في آخر لحظة من لحظات الحياة ، بدليل أن الزوجية سبب من أسباب الميراث ، مع أن الموت يقطعها ، فلو كانت الملكية بالميراث بالزوجية عقب الموت لكانت الملكية بعد زوال سببها ، ولذلك فرضوا ثبوت الملكية في آخر الحياة ، لتكون متصلة بالسبب ، أما إذا كانت التركة مديونة فقد اختلف المفتهاء في وقت ابتداء الملكية ، أتبتدىء عقب الوفاة ، أم تبتدىء بعد سداد الديون ؟ لقد جاء في حاشية السراجية ما يفيد أن ثمة خلافا بين أبي يوسف ومحمد في هذا ، ففيها ما نصه :

(وقت جريان الإرث عند أبي يوسف ومحمد بعد موته ، وعليه مشايخ بلخ ، لأنه ما دام حيا مالك لجميع أمواله ، فلو ملكها الوارث في هذه الحالة لأدى إلى أن يصير الشيء الواحد مملوكا لشخصين في حال واحدة ، كلا ، وهذا غير معهود في الشرع ، لكن عند محمد ملك الوارث يتعقب الموت ، وعند أبي يوسف لا يتعقب بل يتحقق إذا استغنى الميت عن ماله بتجهيزه وأداء دينه ، لأن كل جزء يجوز أن يكون محتاجا إليه بتقدير هلاك الباقي ، وعن محمد قبل موته في آخر أجراء الحياة وعليه مشايخ العراق ، لأن الإرث يجري بين الزوج والزوجة ، والزوجية ترتفع بالموت ، أو تنتهي على حسب ما اختلفوا ، فبأى سبب يجري الإرث بينهما ، عند البعض يجري الإرث مع

موت المورث ، لا قبله ولا بعده ... لأن انتقال الشيء إلى ملك الوارث مقارنة لزوال ملك المورث عن ذلك الشيء ، فحين يتم الزوال يحصل الانتقال^(٩) .

وهذا الكلام يصرح بالخلاف بين أبى يوسف ومحمد في وقت انتقال الملكية ، فمحمد يراها عقب الوفاة ، وأبو يوسف يراها بعد استغناء الميت عن أمواله ، أى بعد تجهيزه وسداد ديونه .

ولم يفرق بين دين مستغرق للتركة ، ودين غير مستغرق للتركة ، ولكن جاء في مبسوط السرخسى الذى شرح فيه كتب الإمام محمد أن المذهب الحنفى هو أن التركة إن كانت غير مستغرقة بالدين تنتقل الملكية إلى الورثة عقب الوفاة ، في قول أبى حنيفة وهو قول علمائنا ، وإن كانت مستغرقة بالدين لا تنتقل ، وهذا نص المبسوط .

« قال علمائنا رحمهم الله : الدين إذا كان محيطا بالتركة يمنع ملك الوارث في انتركة ، وإذا لم يكن محيطا فكذلك في قول أبى حنيفة - رحمه الله - الأول ، وفي قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال من الأحوال . لأنه يخلف المورث في المال ، والمال كان مملوكا للميت في حال حياته ، مع اشتغاله بالدين كالمهرمون فكذلك يكون ملكا للوارث ، وحجتنا في ذلك قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » فقد جعل الله تعالى أو أن الميراث ما بعد قضاء الدين - والحكم لا يسبق أو أنه ، فيكون حال المدين كحال حياة المورث في المعنى ، ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته ، فأما المشغول بحاجته فلا يخلفه وأثره فيه ، وإذا كان الدين محيطا بتركته فالمال مشغول بحاجته ، وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف ولا نقول يبقى مملوكا بغير مالك ، ولكن تبقى ملكية المدين في ماله حكما لبقاء حاجته ،^(١٠) .

وفي هذا الكلام بيان أن التركة المستغرقة بالدين باتفاق فقهاء الحنفية لا تثبت الملكية للورثة فيها ، لأن المال كله مشغول بحاجة الميت ، فيعتبر كأنه حي ! ولقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » وذلك يقتضى أن أو أن الميراث هو الوقت الذى لا يكون مشغولا بدين المورث ، ثم يبين أن المال لا يكون سائبة من غير مالك يملكه ، بل هو يكون على حكم ملك الميت

(٩) حاشية السراجية للفنارى ص ٤٠ و ٤١ .

(١٠) المبسوط الجزء ٢٧ ص ١٣٧ .

أو في ملكه ، لأن ذمته باقية حتى يتم استغناؤه عن ماله • أما غير المستغرق فإن الملك يثبت فور الوفاة في الجزء الذي يفضل عن الدين ، أي أن الدين يمنع الملكية فيما يقابله ، وإن لم يكن متعينا •

ولقد صرح في غير هذا الموضع باتفاق العلماء في المذهب الحنفي على أن المال المستغرق بالدين لا يثبت فيه ميراث ، حتى يسدد الدين ، فقد قال في كتاب النكاح ما نصه : وأصل المسألة أن المشغول بحاجة المورث لا يمتلكه الوارث عندنا ، كالتركة المستغرقة بالدين ••• وعند الشافعي رحمه الله : كل ما كان مملوكا للمورث إذا لم يخرج بموته على أن يكون مملوكا للمورث يصير مملوكا للوارث «(١١) •

ومعنى هذا الكلام أن التركة المستغرقة بالدين مشغولة كلها بحاجة المورث فلا تنتقل إلى الوارث •

١٦ - والذي يستخلص من مجموع هذه النصوص ان التركة إذا كانت مستغرقة بالدين ، فإنها تكون كلها مشغولة بحق الميت ، فلا تنتقل بل تبقى على حكم ملكه لبقاء ذمته ببقاء حاجته في ماله ، أما إذا كانت غير مستغرقة بالدين فعلى قول أبي حنيفة الأول ، ولعل أبا يوسف كان معه أنها تعتبر مشغولة بحاجته فلا تنتقل أيضا ، ولأن أوان نقل الملكية هو ما بعد سداد الدين كالنص الكريم ، وفي قوله الأخير وهو قول محمد ، ولعل أبا يوسف رجع عن قوله كما رجع شيخه أن الملكية تنتقل إلى الورثة في غير الجزء الذي يقابل الدين •

وبذلك يتحرر أن المذهب الحنفي في هذا هو أن الجزء المشغول من التركة بالدين يكون على حكم ملك الميت ، والجزء الذي لا يقابل الدين يكون ملكا للورثة ، وهذا هو الذي صرح به في الخانية فقد جاء فيها ما نصه : « الدين وإن قل يمنع ملك الوارث بقدره كالكفن » أي أن الدين لا يؤثر إلا فيما يقابله من قدر التركة ، فإن كان مستغرقا لها منعها كلها ، وإن كان مقابلا ببعضها منع في ذلك الجزء •

وإننا نستظهر أن ذلك هو المذهب ، لاتفاق فقهاء المذهب الحنفي

على جواز القسمة . وتخصيص جزء للدين قبل سداده . وقالوا أن ذلك كان استحسانا ، وكان القياس ألا يجوز : لأن الدين وإن كان يمنع التوريث فيما يقابله فقط — هو متعلق بالتركة كلها تعلق ضمان واستيثاق من الوفاء ، وسيتبين ذلك في موضعه من القسمه .

١٧ — في الفقه الإسلامي إذن بالنسبة لوقت ملئية : إوارث نظريتان :

(إحداهما) نظرية احنفية ، بما يستخلص من افعال ائمتهم وهي ان ملكية الموارث تكون من وقت سوغاة في الجزء ادى لا يقابل الدين . فباشعول بالدين من التركة لا تثبت ملكيتهم فيه . بل يكون على حتم ملك المير . أو على ملكه على اختلاف تعبير الكتب . لأن له ذمه تبقى إلى أن تسدد ديونه ، ويستغنى عن ماله استغناء تاما ، ولا يشغل من ماله إلا ما يحتاج إليه ولا يستغنى عنه . فإن كانت التركة مستغرقة بالدين لا ينفصل إلى بوريه شيء . وإن كانت غير مستغرقة ينتقل إلى ملك ائورثه جزء سائغ يعهد من ما يفي بعد سداد الدين .

وحجة هذه النظرية مستمدة من الآية الخريمة ، فإنه سبحانه وتعالى ذيل ببيان الفرائض بقوله تعالى « من بعد وصية يوصي بها او دين » فما يتسفل بالدين من التركة هو خارج عن ملكية الورثة ، ولأن التركة إنما تكون في مقدار ما يستغنى عنه الميت ، والجزء الذي يقابل الدين يحتاج إليه الميت لبراءة ذمته مما عليه من حق ، فيبقى على ذمته حتى تبرأ ونفس حقوق الدائنين بكل التركة على الشيوخ ، لأن الجزء الذي يقابل الدين تسائغ فيها ، وهو واجب السداد قبل أى حق فيها ، ما عدا التجهيز على ما سنبين . ولا يناله الهلاك ، فما يهلك بأفة سماوية من التركة لا يسقط نظيره من الدين . بل إنه لا يسقط شيء ، إذ كل جزء مشغول بالدين للاستيثاق ، فيحسب الدين ثابتا في الباقي كاملا ، لأن الأساس هو عدم استغناء الميت عن التركة . او عن بعضها حتى يسدد الدين ، ما دام تمتع ترحة ودين يسدد ، فحاجته الميت إلى ماله ثابتة ، فيتعلق بالجزء الذي يساويه تسائغا فيها كلها . وهي كلها بمثابة الضمان لسداده من غير تفرقة بين جزء وجزء ، والضمان في كل جزء كامل غير منقوص .

هذه هي نظرية الحنفية . وإليها تميل عبارات الكتب المالكية . ونتجبه

إليها أيضا إحدى الروايات عن الإمام أحمد بن حنبل ، ورأى بعض الشيعة الإمامية *

(والنظرية الثانية) نظرية جمهور الشافعية ، وهي أن التركة ، ولو كانت مستغرقة بالدين تثبت فيها ملكية الورثة ، فتكون على ملكهم ، ولكن الديون تكون متعلقة بها ، إذ هم خلفاء الميت ، وتتحقق هذه الخلافة بمجرد الوفاة ، إذ الأمور تتراخى عن أسبابها ، إلا لما منع يمنع عمل الأسباب ، والموت سبب للتوريث فتتحقق الورثة فوراً ، ووجود الديون متعلقة بالتركة ، وكونها مشغولة بحاجة الميت لا يمنع تحقق الورثة ، إذا كان ذلك التعلق للاستيثاق من الأداء ولضمان حقوق الغرماء ، وذلك ليس بمنع من تحقق الورثة ، كما لم يمنع الرهن ملكية العين المرهونة للمدين ، ومثل تعلق الديون بالتركة كمثل الرهن ، فهما في الجملة سواء *

وحجة هذه النظرية فوق ما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم (من ترك مالا أو حقاً فلورثته) وأن التركة لو لم تنتقل إلى الورثة ، لكان يستحق غيرها بالميراث كل من كان غير وارث لما منع وقت الوفاة ، ويزول المانع قبل سداد الديون ، وهذا باطل فيبطل ما يؤدي إليه *

وقد يجاب عن الأول بأن المال أو الحق إنما يكون للورثة بعد الدين كنص الآية الكريمة ، فالحديث مقيد بها ، ويجاب عن الثاني بأن حق الوارث ثابت في الزائد عن الدين من وقت الوفاة ، لا من وقت القسمة ، فهذا الدليل لا يرد عن النظرية الأولى (١٢) *

ولقد وافق الشافعية في هذه النظرية أشهر الروايات عن أحمد بن حنبل وبعض الشيعة الإمامية الاثنا عشرية كما ذكرنا *

١٨ - وقبل أن نتبين الآثار المترتبة على اختلاف هاتين النظريتين ، نذكر هاتين بالقضية التي اشتهرت بين القانونيين على أنها نظرية شرعية ، وهي : « لا تركة إلا بعد سداد الديون » فأننا إن فسرنا هذه الجملة تفسيراً حرفياً ، كما يفهم بعض القانونيين بمعنى أنه لا ملك للورثة إلا بعد سداد الدين ،

(١٢) قد ساق الأدلة وبينها بالتفصيل المحرم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بلل الله ثراه في بحثه عن التركات ص ١٧ و ١٨ *

نجددها تنطبق أنطابقا حرفيا على التركة المستغرقة بالدين على نظرية الحنفية ، أما انطباقها على التركة غير المستغرقة بالدين فلا يمكن تطبيقها حرفيا ، بل تخرج على أن المراد بها أنه لا تخلص التركة للورثة خلوصا مستقرا ثابتا غير قابل للنقض إلا بعد سداد الدين . فإنها قبل ذلك لا تخلص لهم ذلك الخلوص ، بل يكون حقهم فيها شائعا ، والهالك السماوى يكون عليهم ، وإن قسمت مع ذلك قبل سداد الديون ، فإن القسمة تكون قابلة للنقض ، وهذا يقتضى أن نصيبهم فى التركة لا يخلص خلوصا مستقرا قبل السداد ، ولكن ليس معنى ذلك أن لا ملكية لهم قبل السداد فى حال عدم استغراق التركة بالدين^(١٣) .

أما على نظرية الشافعية فإن هذه القضية لا تنطبق مطلقا ، لا فى حال استغراق التركة ولا حال عدم استغراقها . لأن الملكية تثبت لهم فى التركة فور الوفاة ، وعلى ذلك يكون من يفهم أن قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين مؤداها ألا تكون ملكية للورثة ، ولو لم تكن التركة مستغرقة بالدين — فهمه خطأ لا يستقيم على مذهب الشافعى مطلقا . ولا يستقيم على مذهب الحنفية على النحو الذى حررنا به نظريته تحريرا دقيقا كما جاء عن أئمة الأعلام .

ويظهر من فحوى عبارات المذكرة التفسيرية التى صحبت القانون المدنى الجديد وهو مشروع أن واضعيها فهموا منها أنه لا ملكية للورثة إلا بعد سداد الدين ولو كانت مستغرقة ، فقد جاء فى هذه المذكرة ما نصه : « جعل هذه الشريعة (أى الإسلامية) هى التى تنطبق على جميع مسائل الميراث ، ومنها

(١٣) قد جرى ذلك الفهم الخطأ فى كثير من أحكام المحاكم المخططة حتى أنها عندما ارتضت أن يجرى الإرث فى التركات الموصرة التى كانت ديونها ضئيلة بالنسبة لقيمتها — اعتبرت ذلك تخفيفا من القضاء لقاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الديون » فقد جاء فى أحد أحكام محكمة الاستئناف المخططة ما ترجمته « إن القضاء لطف من شدة القاعدة التى تقتضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الدين ، بتقرير أنه متى كانت التركة موصرة ، فإنه يتقرر حق الورثة فى الحال ، ويجوز اقتسامها والتصرف فى أعيانها ، وتسرى تصرفاتهم فيها على دائنى التركة ، ما دامت لا تؤثر فى يسارها » (حكم محكمة الاستئناف المخططة الصادر بتاريخ ٢ من أبريل سنة ١٩٣٥) .

ونرى أن عبارة الحكم صريحة فى أن إجازة اقتسام التركة ، إذا كانت موصرة هو من تخفيف القضاء من حدة المبدأ الشرعى « لا تركة إلا بعد سداد الدين » والحقيقة أن شدة المبدأ أخذت من فهم فهموه بهذه الشدة ، أما الشرعيون فما قرروه بهذا الوضع ، أنهم أجروا التورث ما دامت غير مستغرقة . وأجازوا استنساها — اقتسامها وتخصيص جزء للدين ، وأجمعوا على ذلك تقريبا على ما سنين إن شاء الله تعالى فى قسمة التركة .

انتقال ملكية التركة إلى الورثة • فيجب إذن تطبيق القاعدة الشرعية المعروفة بأن لا تركة إلا بعد سداد الدين ، وهى قاعدة رشيده تفصل ما بين شخصية الوارث والمورث ••• ولكن الأخذ بهذه القاعدة يقتضى وضع نظام مفصل لتصفية التركات •

فإن مجرى هذه العبارة يفيد أن الملكية فى التركة لا تثبت إلا بعد سداد الدين إذ جعل تطبيق هذه القاعدة مترتباً على الأخذ بنظرية الشريعة فى انتقال ملكية التركة ، كما يزعم • وقد بنيت الأحكام الرئيسية فى التصفية على هذا المنحو من انفسهم ، وقد علمت ما فيه من الناحية الشرعية •

١٩ - وقد ترتب على الاختلاف ما بين هاتين النظريتين الشرعيتين السابقتين ، اختلاف فى بعض الأحكام المتصلة بالتركة ، كان الاختلاف فيها ثمرة لاختلاف النظريتين • ومن هذه الأحكام :

(١) **نماء التركة :** فإن التركة قد تنمو فى الفترة التى بين الوفاة وسداد الديون كشجر أثمر ، وزرع أحصد ، ودابة سمنت ، أو نتجت ، وكذلك غلات التركة كاجرة دار للسكنى ، أو أرض للزراعة ، فكل هذا يعتبر نماء للتركة أو خراجاً لها ، وقد اختلف الفقهاء فى ملكيته ، لاختلافهم فى ملكية التركة على اختلاف انظريتين السابقتين ، فالحنفية ومن مالوا إلى اتجاههم الذين يقررون أن ملكية الورثة من وقت الوفاة تكون فى الجزء غير المشغول بالدين — يقررون أن ملكية النماء تكون على ذلك النحو ، أى أن الدائنين تتعلق حقوقهم بالنماء بالقدر الذى كان متعلقاً بأصل التركة ، فإذا كانت التركة كلها مستغرقة بالدين فإن حق الدائنين يتعلق بكل النماء ، حتى تستوفى ديونهم ، وما يفضل يكون للورثة ، وإن كانت التركة غير مستغرقة بالدين ، فإن الدين يتعلق بالنماء بمقدار تعلقه بالتركة ، أى أنه يتعلق بالنماء بمقدار ما يشغل الدين من التركة ، وبهذا صرحت كتب الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة الذين نهجوا منهاج الحنفية •

وجمهور الشافعية الذين يرون أن الملكية تثبت للورثة من وقت الوفاة ، ولا يعتبرون تعلق الديون بالتركة مانعاً من ثبوتها — يرون أن نماء التركة وغلاتها يكون ملكاً للورثة ، ولا يتعلق بها حق الوارثين لأنها نماء ملكهم ، والديون قد تعلقت برقبة التركة لا بنمائها ، لأن النماء ثمرة الملكية كالعبء المتعلق به أرش جنائية أو عقوبة مالية فى جنائية ، فإنها تكون متعلقة برقبته ،

وخدمته وأجرته حق لسيده لا لأصحاب ذلك الحق الذى تعلق برقبته ، فذلك هنا ، ومثل ذلك أيضا زوائد الرهن ، فإنها تكون ملكا للراهن - ولا يتعلق بها حق المرتهن . كما تعلق بالأصل •

وكذلك يفرقون بين العين ونمائها ، فالعين يتعلق بها الدين ، والنماء لا يتعلق به دين - ووجه التفرقة أن العين آلت إليهم ملكيتها محملة بالدين ، لضعف ذمة المدين بالموت عن تحمله ، أما النماء فنشأ على ملكهم نشأة مستقلة ، فتثبت ملكيتهم فيه متحررة من رقبته النين . ولقد صرحت بذلك كتب الشافعية ، حتى لقد صرحوا بأنه إذا كان فى انتركة حيوان . فسمن ، والسمن نماء متصل ، فإن قدر السمن يكون ملكا للورثة . فعند بيع العين يكون فرق الثمن الذى أوجده السمن حقا خالصا للورثة ، وليس للدائنين فيه حق •

ولقد نهج منهاج الشافعية بعض الحنابلة الذين قرروا أن الملكية تثبت للورثة من وقت الوفاة • ولو كانت انتركة مستغرقة بالدين كما نوهنا •

ولكن الكثيرين من الحنابلة ، على أن الدين يتعلق بالنماء . كما يتعلق بأصل التركة ، ومن هؤلاء من وافقوا انشافعية فى نظريتهم فى الملكية - ولكنهم خالفوهم فى ذلك ، لأن الملكية وإن كانت ثابتة للورثة ، فقد تعلق بالتركة حق الدائنين ، فيتعلق حقهم بالنماء ، لأنه تابع للتركة ، وحيث كان الدين متعلقا بالأصل • فإنه يكون متعلقا بالتبع . لا ترى أن الملكية تثبت فى النماء بعبء للورثة فيتثبت الحق عليه تبعا للأصل أيضا ، ومثل ذلك مثل حق العين المرهونة عند هؤلاء الحنابلة . فإن ثمارها يكون رهنا تابعا لها ، كما كانت هى رهنا قد تعلق الدين بها • وعلى هذا يكون النماء ضامنا للدين كما ضمنته العين ، ويكون للدائنين الحق فى استيفاء ديونهم منه ، كما استوفوه من الأصل ، إذ لم يكن الأصل كافيا •

(ب) مؤونة التركة من نفقات للحفظ والصيانة ، أو التغذية والإبقاء وحفظها من الفناء — تكون على مقتضى نظرية الحنفية ومن نهج مثل منهاجهم — من التركة نفسها ، لأن التركة قد تعلق بها حق الدائنين بقدر ما يفى بحاجتهم ومابقى فهو للورثة - وإن لم يكن فى التركة ما ينفق منه كانت النفقات بين الدائنين والورثة ، كل على قدر حصته على أن يضاف إلى الدين ما أنفق ، أو يستدان عليها لأجل الإنفاق بأمر القاضى •

أما على نظرية الشافعية الذين يعتبرون الملكية ثابتة للورثة من وقت الوفاة فإنها تكون على الورثة ، لأنهم المالكون لها ، وإن كانت حقوق الدائنين قد تعلق بها لاستيفاء ديونهم ، وكان ينبغي أن تكون نفقات التغذية والإبقاء على الورثة ، لأن الملكية لهم ، ونفقات الحفظ والصيانة على الدائنين ، لأن حقهم قد تعلق بها ، ومثل ذلك مثل العين المرهونة تكون نفقات الحفظ والصيانة على المرتهن ، ونفقات التغذية والإبقاء على المالك ، ولعل الشافعية لم يعتبروا ذلك الحق الذي للدائنين كحق الرهن ، لأن الرهن عقد تراضى الطرفان عليه ، بل اعتبروه كأرش الجناية على العبد (أى العقوبة المالية إجنايته) في تعلقها برقبته فإن ذلك لا يكون نتيجة لاتفاق بين المجنى عليه والسيد ، ولذلك تكون كل نفقات العبد على مالكة ، وإن تعلق الحق برقبته •

(ج) ما يجد من الملك ، وهى الأمور التى باشر المالك أسبابها ، ولم يتم الملك فيها إلا بعد موته ، كان يكون قد حفر حفرة فى ملكه ، ليصطاد فيها حيوانا ، فوقع فيها الصيد بعد موته ، فإنه يكون حكمه حكم سائر التركة على رأى الحنفية ، من حيث إن حقوق الدائنين تتعلق به سيرا على مقتضى نظريتهم ، ومن نهج نهجهم ، وعلى نظرية الشافعية ، ومن نهج نهجهم يكون معتبرا كالزوائد ونماء الملك ، ليكون ملكا للورثة فقط ، فلا يتعلق به حق الدائنين ، فحكمها حكم النماء من كل الوجوه ، ويجرى فيه ما جرى فى النماء من خلاف •

(د) ثبوت الشفعة ، بأن يكون فى التركة حصة شائعة فى عقار ، وللميت شريك فيه ، فباع الشريك حصته ، فإنه إذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق فقد اتفق الفقهاء فيما يظهر على ثبوت حق الشفعة فيها ، لأن جزءا من التركة على ملك الورثة ، وإن لم يكن خالصا على نحو ما بينا ، وإذا كانت لهم حصة شائعة فإنه بمقتضاها يثبت حق الشفعة ، لأن الورثة شركاء على الشيوع ، وعلى ذلك لا تظهر ثمرة لاختلاف النظريتين فى هذا الحال إنما تظهر ثمرة الخلاف إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، فعلى نظرية الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة لا تثبت الشفعة للورثة ، إذا كانت التركة فيها حصة شائعة ، وباع الشريك حصته أو بعضها ، لأنه لا ملكية للورثة فى هذه الحال وملكية الشفيع وقت البيع للعقار المشفوع به شرط لثبوت الشفعة ، فحيث انتفت لا تثبت • أما الشافعية وأكثر الحنابلة فيثبتون حق الشفعة للورثة ، لأنهم مالكون ، فحق الشفعة قد استوفى شروط تحققه فيثبت ، ولا يمنع ثبوت ذلك كون الدائنين قد

تعلق حقهم بالتركة على ما بيننا ، ومن البديهي أنه ليس للدائنين حق الشفعة كالورثة ، لأن حقهم إنما هو للاستيثاق من الاستيفاء . وليس بحق ملك فلا يتحقق بالنسبة لهم حق الشفعة .

(هـ) في التصرف والقسمة . فإنه إذا كانت التركة مستغرقة بالدين لا تصح قسمتها بين الورثة ، ولا يصح التصرف منهم فيها على نظرية الحنفية ، أما على نظرية الشافعية فإنه تصح القسمة . ويصح على قول بعضهم تصرف كل وارث في حصته قبل القسمة إذا أدى ما عليها من دين . لأن حق الدائن هو في تتبع انعين وعلى كل حصّة من التركة حصّة من الدين . فإذا حصل تصرف فيها ، فإن التصرف صحيح غير قابل للنقض إذا سدد ما يخص حصته من دين ، ويجوز النقض قبله . وذلك مبني على أن مذهب الشافعية يسوغ تجزئة الضمان بمقدار حصص الورثين ، أما على مذهب أبي حنيفة فلا يجزأ الضمان ، ولذلك يكون كل تصرف قابلاً للنقض ما لم يوف الدين كاملاً ، ولو كان غير مستغرق ، ولذلك فضل بيان عند الكلام في القسمة - والتصرف في التركة (١٠) فلتؤجله إليها .

مراتب الديون وأحوالها

٢٠ - يتبين من كل هذا أن الديون تتعلق بالتركة : وبيننا اختلاف النظريات الفقهية في ثبوت الملكية للورثة مع تحقق حق الدائنين بالتركة . ولكن بقى جزء . وهو قوة تعلق حقوق الدائنين بالتركة ، فهل قوة التعلق متساوية في كل الديون ؟ إنه مما لا شك فيه أن الديون ليست متساوية في قوتها . وإن اتحدت في تعلقها . ومن المتفق عليه أن الديون التي تعلق بالتركة أو ببعضها قبل الوفاة أقوى من الديون التي لم تتعلق بالتركة إلا بالوفاة . أو بعبارة أدق لم يظهر تعلقها بالتركة ، إلا بعد الوفاة ، فإذا كان في الديون دين قد وثق برهن من التركة قبل الوفاة ، فهو أقوى من سائر الديون التي لم يكن لها هذا التوثيق ، ولذلك تكون الأعيان المرهونة مخصصة لسداد الديون المتعلقة بها . فلا يسدد منها سواها إلا بعد سداد ديونها منها ، وما بقى يكون لسائر الغرماء الذين لم يكن لهم ذلك التوثيق العيني فيها .

ولقد قرر الشافعي هذا وأعطى الديون الموثقة برهن حقاً فيه بحيث يكون

(١٤) قد ذكر استاذنا المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم (بك) ثمرات الاختلاف مجلّة وعندها كلها في بحثه في التركات ص ٦ و ١٩ .

كل جزء منه ضامنا لها ، ولا يتجزأ الضمان قبل الوفاة بديونها ، فلا تخلص حصته منها بسداد ما يخصها من ديون ، بل لا خلاص لأى جزء من التركة الا بسداد الديون كلها إذا كانت كلها مرهونة ، فليس لأى وارث أن يختص بجزء من التركة في هذه الحالة ، ويسدد ما يخص سهامه من الديون ، إلا إذا ارتضى الدائنون ذلك ، فإنهم إن ارتضوا فقد تنازلوا عما لهم من حق ، وكل صاحب حق له أن يترك حقه وما لأحد عليه من سبيل في ذلك •

وقد خالف الشافعى نظريته التى تسوغ تجزئة الضمان ، إذا لم تكن التركة مرهونة قبل الوفاة ، ولذلك فرق بين الرهن الجعلى الذى يكون بإرادة المورث قبل وفاته ، والرهن الشرعى الذى يجعل التركة كلها قد تعلق بها حق الدائنين بأن الأول لا يمكن تجزئة الضمان فيه ، أما الثانى فالضمان فيه عند الشافعى يقبل التجزئة بسداد كل وارث ما يخص حصته من دين ، واساس هذه التفرقة ان الوارث يخلف مورثه في ماله ، ويكون له فيه كل ما كان لمورثه من حقوق ، ولم يكن سائغا للمورث أن يسدد بعض الدين ، ويفتك ما يقابل ما سدده من العين ، فكذا لا يكون سائغا للوارث ذلك ، ولكنه إذا لم يكن رهن كان يسوغ للمورث أن يبيع بعض ماله ليسدد الديون غير الموثقة برهن ، فكذا ينتقل ذلك الحق إلى الوارث ، هذا هو المذهب الشافعى •

وقد علمت أن المذهب الحنفى يجعل الضمان في التركة غير قابل للتجزئة سواء أكانت الديون موثقة برهن ام كانت غير موثقة ، بيد أن الديون الموثقة بالرهن تسدد أولا من الأعيان المرهونة ، ولا ينازعها غيرها فيها ، حتى يكون فضل في قيمة العين ، فيكون لسائر الديون ، هذا وكون الدين الموثق برهن او نحوه مقدما في الأداء من العين المرهونة لا يمنع انه أيضا متعلق بسائر التركة إذا لم يكن في المرهون وفاء ، أو هلك بعض الباقي المرهون ، ولم يكن في الرهن وفاء ، فإن الباقي يكون في التركة ، ولكنه على أى حال يستوفى أولا من العين التى تعلق بها الدين •

ولقد جاء في أحد أحكام محكمة الاستئناف المختلطة ما ترجمته : « إن الدائن إذا كان له رهن على بعض أعيان التركة ، ليس له حق في غير الأعيان المرهونة إلا إذا ثبت أنها لا تكفى لأداء الدين يوم مطالبته بالأداء ، لا يوم إنشاء الدين ، ولا يوم فتح التركة ، وإثبات أن الأعيان المرهونة لا تكفى للوفاء بالدين ، يكون عبؤه على الدائن ، لأنه عقد الرهن مختارا ، والظاهر المفروض أنه ما قبله إلا على أساس أنه يكفى لضمان الوفاء ، فإذا ادعى بعد ذلك أنه لا

يكفى يكون مدعياً خلافاً للظاهر؛ والإثبات واجب على من يدعى خلافاً للظاهر^(١٥) . وبهذا يقرر الحكم أن الدائن الذى تعلق حقه بعين لا يطالب إلا منها ، ولا يطالب فى غيرها إلا إذا أثبت أنها لا تكفى لأداء دينه يوم مطالبتة بالأداء ، وهذا نظر غير بعيد عن مقصد الشريعة ، بل هو نظر حكيم لتنفيذ مبادئها تنفيذاً سليماً فى الجملة^(١٦) .

٢١ - والديون التى ليست متعلقة بالأعيان قبل الوفاة ليست مرتبة واحدة فمنها ديون الصحة ، ومنها ديون المرض ، وديون الصحة هى الديون التى تثبت فى حال الصحة بالبينة أو الإقرار ، والديون التى تثبت بالبينة فى حال المرض - والديون التى باشر المريض أسبابها فى مرضه كسكن ما اشتراه ، أو دين اقترضه فى حال مرضه فهذه الديون كلها لا تعد ديون مرض ، لأنها ثابتة فى حال الصحة أو ثابتة فى حال المرض بحجة كاملة تثبت على الكافة ، ولا تعتبر حجة قاصرة . أما ديون المرض ، فهى الديون الثابتة فى حال المرض بإقرار المريض فى مرضه فقط من غير حجة سوى الإقرار الذى حدث فى مرض الموت ، والحنفية وحدهم هم الذين فرقوا بين ديون المرض . وديون الصحة . وجمهور الفقهاء لم يفرقوا بين دين ثبت بالإقرار فى حال المرض وغيره ، والأساس فى ذلك عندهم أن حقوق الدائنين تعلقت بمال المريض فى حال مرضه الذى اتصل بالموت ، وإذا كانت حقوق الدائنين قد تعلقت بها . فلا يلزمهم ما يثبت بالإقرار فى حال المرض ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر على ما هو مقرر فى باب الإثبات ، والإقرار فى حال الصحة يلزم الكل ، لأن الديون فى وقت الصحة محلها الذمة ، فكل إقرار بدين يجعل الذمة مشغولة به ، فإذا جاء المرض الذى اتصل بالموت . فإن كل دين يتعلق بالأعيان مع الذمة .

ومن جهة أخرى فإن الدين الذى يثبت بالإقرار وحده فى حال المرض من غير أى قرينة تؤيد الإقرار يكون الإقرار مظنة المحاباة ، والمحاباة فى مرض

(١٥) حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر فى ٢ إبريل سنة ١٩٣٥ .

(١٦) يذكر الفقهاء الديون التى تتعلق بالأعيان ، فيذكرون منها : (أ) الرهن : فإن الدين يكون متعلقاً بالعين المرهونة . (ب) والعبد الذى جنى جنابة توجب أرشاً أى عوضاً مالياً ، فإن الحق يكون متعلقاً برقبته ييناع فى سبيله . (ج) العين المستأجرة إذا قدم المستأجر أجرها ، فإن العين تكون مرهونة بالأجرة التى عجلت . وهذا على رأى من يرى أن الإجارة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين . (د) والمشتري إذا مات مفلساً ولم يكن دفع ثمن المبيع ، فإن الثمن يتعلق بالمبيع إذا لم يقبض (أى المبيع) عند الحنفية ، وقبض أو لم يقبض عند الشافعية .

الموت في حكم الوصايا • وهي تؤخر عن الديون ، فلدفع هذا كانت ديون الصحة مقدمة في الأداء على ديون المرض ، بحيث إذا كانت التركة لا تكفي الدينين استوفيت منها أولا ديون الصحة فإن بقي شيء قسم بين أصحاب ديون المرض بنسبة ديونهم •

أما جمهور الفقهاء فلا يفرقون بين ديون صحة وديون مرض ، لأن الإقرار حجة ملزمة لا تلغى إلا إذا ثبت نقيضها ، فما لم يقيم دليل على الكذب فيه فمضمونه ثابت ، وتعلق حق الدائنين إنما يثبت أو ينكشف بالموت ، وهو حق فرضي اقتضاه الفرض ، فلا يتوسع فيه ، ولأننا لو ضيقنا الإقرار ، أو ضيقنا حدوده لكان في ذلك تضيق على المريض في سبيل إبراء ذمته ، وتبريد جلادته كما عبر الأثر •

وعلى ذلك تكون الديون غير المتعلقة بالأعيان سواء ، فإذا كانت التركة لا تتسع لكل الديون وفيها ديون صحة وديون أقر بها المريض فعلى مذهب جمهور الفقهاء يكون لكل دائن مقدار بنسبة دينه من غير تفرقة بين دين صحة ودين مرض ، بل الجميع سواء •

ديون الله وديون العباد

٢٢ - هذه مراتب الديون ، وهي ثلاثة على مذهب الحنفية كما رأيت : ديون تعلقت بأعيان التركة قبل الوفاة ، وديون لم تتعلق بالأعيان قبلها ، وهي ديون صحة ، ثم الدرجة الأخيرة ديون المرض لغير الوارث • أما الإقرار في المرض للوارث فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة ، أي أنه يتأخر كما ترى عن حق الورثة فلا يعد من الديون (١٧) •

ولكن ما هي الديون المعتبرة التي تتعلق بالتركة وتقدم على حقوق الوارثين أم هي عامة شاملة ، فنشمل ديون الله سبحانه وتعالى ، ومنها الزكوات ، أم هي مقصورة على الديون التي لها مطالب من العباد ؟

لقد اختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء في هذه المسألة ، فالحنفية يرون

(١٧) وهذا لخشية المحاباة ، ولكن قانون الوصية اجاز محاباة بعض الورثة ، فيكون - بمقتضى أحكامه الإقرار في المرض للوارث نافذا في حدود تلك التركة .

أن الديون الثابتة هي انتى للعباد ، أى التى لها مطالب من العباد : أما ديون الله سبحانه وتعالى التى ثبتت حقاً للفقراء . وليس لها مطالب معين من الناس كالزكوات ، والكفارات ، والنذور ، فإنها لا تثبت ديناً يتعلق بالتركة بعد الوفاة . ويقدم على الوصايا والموارث . وقال جمهور الفقهاء أن ديون الله سبحانه وتعالى التى وجبت بإيجابه سبحانه وتعالى تكون واجبة ومتعلقة بالتركة ويتقدم الوفاء بها على الوصايا والموارث . وإن أوصى بها لا تكون مقيدة بالثلث ، لا ينافرها غيرها من الوصايا لأنها مقدمة على أصل الوصايا والموارث ، فالوصية بها كالوصية بأداء دين ثبت لا يكون الوجوب فيه بالوصية بل يكون الوجوب بعيرها . لكن كانت الوصية لتأكيد الأداء . وللإعلام بالوجوب ، كمن يقر بأن عليه دين للعباد ، ويوصى بأدائه . بخلاف المذهب الحنفى فى ذلك ، فإن الوجوب فيها لا يثبت على هذا المذهب إلا بالوصية بعد أداء الديون ، ويؤدى من الثلث فقط . ولا يتجاوزها إلا بأجازة الورثة .

وأساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم فى هذه القضية أمران :

(أحدهما) أن حقوق الله سبحانه وتعالى المالية عبادات عند الحنفية . ولا تؤدى إلا بالنية والاختيار . وحيث مات الشخص فقد فقدت النية . وفقد الاختيار ، فلا تؤدى من ماله . ولا يؤدى أحد عنه وجوباً ، لأن من يؤدى عنه يجب أن يكون أدائه بإنابته وأمره . ولو أدى الوارث أو من يقيمه انقضى فليس لواحدة منهما صفة الإنابة الموجبة ، وإن أدى الوصى المختار من غير إنابة فهو مثهما . وإن أنابه فقد أنشأ وصية . ويؤدى بهذه الصفة . فتؤخر عن الديون التى لها مطالب من العباد .

أما على رأى جمهور الفقهاء فهذه التكاليفات من زكوات وصدقات مؤنة المال وتكاليفات قائمة به ، لا تحتاج إلى النية . ولذلك تجب فى مال الصغير والمجنون والمعتوه ، وإن لم تتحقق منهم نية عبادة . ويستدلون على ذلك ب ورود الآثار الموجبة للزكاة فى مال اليتامى ، مثل قوله صلى الله عليه وسلم (من ولى على يتيم فليؤد زكاة ماله) ولأن سبب وجوب الزكاة ملك النصاب وقد وجد . أما الحنفية فيستدلون لرأيهم بأن الزكوات والصدقات والنذور أفعال شرعية ، والأفعال الشرعية لا تكون إلا من مكف كامل التكليف تصح منه النية ، والآثار الواردة فى هذا الباب التى يستدل بها الجمهور ليست صحيحة فى نسبتها إلى أرسول صلى الله عليه وسلم فى نظر الحنفية .

ولهذا المعنى ، وهو اعتبار الحنفية الزكوات والكفارات عبادات — لم تكن ديونا ثابتة في التركة ، ولذلك ما اعتبروه من الزكوات مؤونة لا يحتاج إلى نية ، وهو زكاة الزروع والثمار — اعتبروه ديناً قائماً في الزرع والثمار بعد الوفاة ، إذا كان الزرع والثمار اللذان لم تؤد زكاتها قائمين بذاتهما في التركة فإنه يؤخذ منهما عشرهما أو نصف عشرهما ، (إن سقيا بآلة) ولو لم يوص بذلك ويكون مع الديون ، بل يكون كالديون التي تعلقت ببعض أعيان التركة قبل الوفاة ، ويؤدى من الزرع والثمر الذى وجبت فيه ، وهذا ما جاء في ظاهر الرواية ، وروى عن عبد الله بن المبارك عن أبى حنيفة أنه يسقط بالموت كسائر الزكوات ، وكذلك الحكم إذا كان قد استهلك على اختلاف الرواية عن أبى حنيفة لأن القيمة قائمة مقام العين ، سواء أكان المستهلك المالك أم غيره ، ويكون ديناً في ذمة المالك ، وقال أبو يوسف : إن أهلكه لا يكون ديناً في ذمته ، وترى من هذا أن الحنفية أسقطوا من التركة الدين الذى اعتبر عبادة ، وأوجبوه في التركة ما اعتبر مؤونة المال . هذا هو الأصل الأول الذى انبنى عليه الخلاف بين الحنفية والجمهور . أما الأصل الثانى ، فهو أن الزكوات وأشباهاها وجبت في المال باعتبارها صلة ، لأنها لا يقابلها عرض مالى ، والصّلات تسقط بالموت وهذا عند الحنفية ، أما غيرهم فلم يعتبرها كذلك ، بل اعتبرها مؤونة مالية ، كالخراج في الأراضى الخراجية ، والعشر في الأراضى العشرية .

٢٣ — لهذين الأصلين يقرر فقهاء الحنفية أن الزكوات والنذر والصدقات يسقط أداؤها بعد الوفاة إذا لم يوص بها ، وليس معنى ذلك زوال كل أثر لتقصيره بل إن سقوطها في الحكم كالدنيوى ، أما الحكم الآخروى ، فأمره إلى ربه ، إذ هو آثم بما ترك من واجب عليه .

وإذا كان جمهور الفقهاء يعتبرون الديون المتعلقة بحقوق الله سبحانه وتعالى واجبة الأداء على أنها ديون كديون العباد ، فقد اختلفوا في مرتبة أدائها ، وإن اتفقوا على أنها مقدمة على الوصايا والمواريث ، وكانوا على أقوال ثلاثة :

أولها : قول الحنابلة أنها تكون كديون الناس المرسلة التي لم تتعلق بأعيان المال ، فإن ضاق المال عن الديون جميعها كان لكل دين حصة بمقدار نسبته إلى الديون الأخرى ، لأن الديون التي تقدم على غيرها هي الديون المتعلقة بأعيان الأموال ، فإن كانت الديون المتعلقة بحقوق الله سبحانه وتعالى مرسلة فهي كسائر الديون المرسلة للعباد .

ثانيها : قول المالكية ، وهو اقرب الأقوال إلى مذهب الحنفية ، وهو أن ديون العباد مقدمة على الديون المتعلقة بحقوق الله سبحانه وتعالى ، وهم يختلفون عن الحنفية في أمرين : (أحدهما) في اعتبار هذه الحقوق ديونا تثبت من غير وصية • (وثانيهما) أنها لا تحسب في الثلث ، وتقدم على الوصايا والموارث ، ولكن المالكية لا يجيزون أداء هذه الديون - إلا إذا أشهد المتوفى على نفسه وهو حي أنها واجبة في ذمته ، وهذا الإشهاد للإعلام لا للإيصاء ، ومن هنا يتبين التقارب بين المالكية والحنفية مع الاختلاف في جوهر الأداء . وأساس هذا الرأي أن القاعدة المقررة أن الحق انذى له مطالب من العباد أولى بالأداء . فإله عفو كريم •

ثالثها : قول الشافعية أن ديون الزكوات إن كان نصابها قائما لم يهلك ونم يستهلك قبل وفاته ، أى أن المال الذي وجبت فيه الزكاة لا يزال قائما بحاله فإن الزكاة تكون مقدمة في الأداء منه على أى حق سواها . وذلك لأن الزكاة بعضه وما كانت ملكيته كامنة للمتوفى ، إذ فيها حق شائع للسائل والمحروم وليس للمتوفى منه إلا باقى هذا المال بعد حق الفقراء فيه ، فالزكاة تعلقت به كما تعلق حق المرتين بالعين المرهونة على الأقل . إذ أنه أقوى من ذلك بكثير ، وإن كان المال الذى وجبت فيه الزكاة غير قائم ، بأن استهلك أو هلك فإن الدين ينتقل إلى ذمة من وجب عليه الحق ، ويكون كالكفارات غير المعينة في شيء بعينه • وفى المذهب الشافعى في هذه الحال وجهان (أحدهما) أن يكون مؤخرا عن سائر الديون التى لها مطالب من العباد : كقول المالكية السابق . لأن مطالبة آحاد العباد تجعل لحقهم قوة ليست في ديون الله تعالى التى تعلقت بالذمة لا بالأشياء • والوجه الثانى أنهما يكونان سواء : لأنه إن كان دين العبد قد قوى بحق المطالبة التى يلزم بها القضاء ، فقد قوى حق الله بأمرين آخرين (أحدهما) ما أثر عنه صلى الله عليه وسلم من أنه قال : « دين الله أحق بالقضاء » فإنه يصرح بأن دين الله سبحانه وتعالى « أحق بالوفاء » • (وثانيهما) أن هذه الديون ، وإن كان المطلب بها هو الله سبحانه وتعالى ، هى حق الفقير والمسكين ، والسائل والمحروم ، فهم أيضا من حقوق العباد . وقد قدس الله سبحانه وتعالى حقها ، فتولى المطالبة بها بهذه التكاليف الشرعية • وهذا الوجه هو الراجح في المذهب الشافعى •

٢٤ — هذا ويجب التنبيه إلى أن فقهاء الظاهرية يقدمون كل حقوق الله سبحانه وتعالى على ديون العباد ، غير مفرقين بين حق قام بهال قائم إلى

وقت الوفاة ، وحقّ قد هلك ، أو استهلك ما قام به ، وانتقل الوجوب من التعلق بالشيء إلى التعلق بالذمة المجردة ، فيبدأ عندهم من ماله بأداء ما فرط فيه من زكاة وكفارة ، وحج ، فإن كان المال لا يكفي هذا كله أدى من كل بجسته من التركة ، أى قسمت التركة على هذه الحقوق بنسبتها ، وأساس هذه الفكرة عندهم صريح الخبر « دين الله أحق بالقضاء » فقد صح ذلك الخبر عندهم فلا تخريج فيما وراء النص ، فيؤخذ به على ظاهره .

هذا ولا شك أن المعمول به هو المذهب الحنفى الذى لا يعتبر حقوق الله سبحانه وتعالى واجبة الأداء إلا إذا أوجبتها وصية ، وإذا وجبت بالوصية كان مقامها مقام الوصايا ، لا يلتفت إليها إلا بعد سداد الديون ، ولا تنفذ في أكثر من ثلث الباقي بعد سداد الديون إلا بأجازة من الورثة ، والله سبحانه وتعالى يتولى الجميع .

حلول الديون المؤجلة

٢٥ - الفقهاء المسلمون - إذا استثنينا الظاهرية - على أن الديون المؤجلة لا تحل بوفاة الدائن ، وذلك لأن الأجل من حق المدين ، ولا يؤثر في ذلك الحق موت الدائن ، ولأن الدين محله ذمة المدين ، وذمة المدين لا تتأثر بوفاة الدائن ، فلا ينتقل الدين من الذمة إلى الأموال ، لأن المدين ما دام حيا ، فذمته صالحة الآن تشغل بالدين وجدها ، فلا يؤثر فيها وفاة غيره .

وقد احتج الظاهرية لحلول الدين المؤجل بوفاة الدائن بأن التأجيل اتفاق شخصى بين الدائن والمدين ، أساسه الثقة المتبادلة بينهما . وهذا الاتفاق المبني على الثقة من الدائن للمدين لا ينتقل إلى ورثة المتوفى . ولأن المدين إذا توفى سقط الأجل عند الجمهور ، والتساوى في الحقوق والواجبات يوجب أن يكون الموت سببا لسقوط الأجل ، سواء أكان الأجل حقا للمتوفى أم كان حقا عليه ، وليس بسائق أن نجعله سببا لسقوط الأجل في حال دون حال ، ورأى الجمهور هو الأرجح دليلا ، والأقوى نظرا ، لأن الموت لم يعهد سببا لسقوط حق المدين ، فلا يؤثر فيه بالإسقاط .

٢٦ - هذا إذا كان المتوفى هو الدائن ، أما إذا كان المتوفى هو المدين فالجمهور من الفقهاء على أن الديون المؤجلة تصير حالة ، وخالفهم في ذلك

الحنبلة ، فقرروا أن الديون لا تحل بوفاة المدين ، كما لا تحل بوفاة الدائن •
ولقد اشترط المالكية في حلول الدين بوفاة المدين شرطين :

(أحدهما) ألا يشترط المتدينان عدم حلول الدين بوفاة المدين ، فإن كان ذلك الشرط ، فإن الشرط شريعة المتعاقدين ، أو كما قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : مقاطع الحقوق عند الشروط ، فحيث كان الشرط وجب اتباعه ، وانتقل ممن له الحق إلى ورثته •

(وثانيهما) ألا تكون وفاة المدين بعدوان من الدائن ، لأن العدوان لم يعهد في الشرع الإسلامي سببا لاكتساب حقوق لم تكن • إذ الحقوق نعم ، والمعصية لا توجد النعمة ، بل توجب العقاب ، وفي الجملة نقول أن الفقهاء ما عدا الحنبلة يقررون أن الأصل هو حلول الديون بوفاة المدين ، وسقوط الأجل في كل الأحوال إلا ما اشترط مالك ، وقد بينا الأساس له من القياس الفقهي ، وحجتهم تقوم على أساس من الحديث ، والآثار والأقيسة الفقهية •

(أ) أما الحديث فهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :
(نفس المؤمن مرتنة في قبره بدينه إلى أن يقضى عنه) فإن هذا الحديث يقتضي التعجيل بقضاء الدين فكا لهذه النفس المرهونة بالقضاء ، وذلك يقتضي سقوط الأجر تبرئة لذمته وتبريدا لجلده •

(ب) وأما الآثار عن الصحابة والتابعين فهو ما روى عن ابن عمر وكثير من التابعين من أن الديون المؤجلة تحل بالموت ، وآراء الصحابة إذا لم تعرف مخالفة بينهم فيها تكون حجة واجبة الاتباع عند أكثر العلماء ، ولم يعرف لابن عمر مخالف فيما ارتآه فيكون كلامه حجة متبعة •

(ج) وأما القياس فمن وجوه (أولها) أن التأجيل كان أساسه الثقة بالمدين ، وقد مات المدين ، فلم يعد الوجه الذي كان يطمئن به الدائن فينتظر إلى انتهاء الأجل ، (وثانيها) أن الأجل كان للترفيه عن المدين ليسعى في وفاء دينه في رفق ويسر بلا مشقة ، وبالموت ذهب كل أمل في السعى ، فلم يعد في التأجيل فائدة بل فيه كل المضرة بالمدين ، لأن تأخير الوفاة تأخير لبراءة ذمته التي أصبح في أشد الحاجة إليها ، ليلقى وجه الله بريئاً من كل حق للإنسان في رقبته • (وثالثها) أن في التأجيل ضرراً بالوارث لأن فيه تأخيراً لاستخلاص حقه في الميراث ، إذ أن الميراث لا يستخلص إلا بعد أداء الدين

لقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » * (ورابعها) أن التأجيل كان أساسه أن الدين وصف قائم بالذمة ، وإذا مات المدين فقد تعلق الدين بالمال ، ولا توجد ذمة قوية تحل به ، وأنه إذ تعلق بالمال كانت المصلحة في التعجيل بأدائه لتفك رقبة المال ، أو بعض رقبته ببيع الآخر للوفاء به ، وإذا قررنا أن الدين يكون مؤجلا فلن يكون حق التأجيل !! لا جائز أن يكون حقا للدائنين ، لأن فيه منفعة للدائن على مقتضى منطق الشريعة الذي يمنع الربا ، ولا جائز أن يكون حقا للورثة ، لأن كونه حقا لهم فرع ثبوت الدين في ذمتهم ، وهو لا يثبت في ذمتهم ، ثم في التأجيل ضرر عليهم في تأخير استخلاص حقهم كما بينا .

٢٧ - هذه حجة الجمهور في قولهم أن الديون المؤجلة تصير حالة بموت المدين ، وحجة الحنابلة الذين رأوا أن الديون المؤجلة تستمر مؤجلة ، ولو مات المدين تقوم على أمرين :

أحدهما : قوله صلى الله عليه وسلم : (من ترك حقا أو مالا فلورثته) ولا شك أن التأجيل حق للمدين ، اكتسبه باتفاق ورضا من الجانبين فينتقل إلى ورثته ، ككل حق كان للميت في حياته إذ هم خلفاء الميت في كل ماله ، من حقه - هوق *

ثانيهما : أن الأجل في كثير من الأحوال يقابله بعض المال ، وذلك في غير القروض ، بل يجيء في ثمن الأشياء ، فإن عرف الناس في القديم والحديث يجري على أن يكون ثمن الشيء نسيئة أكثر من ثمنه معجلا ، فإذا حل ذلك الثمن النسيئة بموت المشتري كان في ذلك غبن عليه وعلى ورثته من بعده ، ولذلك كان المعقول ألا يحل الدين بموته ، حتى لا يحل ذلك الغبن (١٨) * ومن الحق علينا أن نبين بعض التبيين مذهب أولئك الحنابلة الذين قرروا أن التأجيل لا يسقط بوفاة المدين ، لأنه كيف يسوغ التأجيل مع أن الدين لا يقوم

(١٨) جاء في الدر المختار في باب المراجعة ما يفهم منه أنه إذا كان بعض الثمن مقابلا للأجل ، ومات المشتري في أثناء المدة فإنه ينقص من الثمن مقدار ما يقابل الجزء الباقي من الأجل ، يقال إن فيه رفقا بانعاشدين ، وإن المتأخرين من علماء المذهب أفتوا به وإن المؤني أبا السعود ارتضاه ، وعندى أن هذا الاستنباط من المتأخرين لا يخلو من شبهة الربا ، وإن ربا حرام ، وشبهته حرام .

بذمة الورثة^(١٩) حتى يكون التأجيل حتما لهم : وكيف يسوغ التأجيل مع أن الأساس فيه الثقة بالمدين ؟ لقد قرروا أن الدين يستمر مؤجلا إذا طلب الورثة ذلك ، وقدموا رهنا . أو كفّل الدين كفيلا : ففي هذه الحال يستمر الدين إلى أجله ، وإذا كانت هناك ديون حالة تستوى من التركة ، وما يبقى تسدد منه الديون المؤجلة التي وثقت بالكفالة أو الرهن ، بشرط ألا تقل العين المرهونة في قيمتها عن مقدار الدين : وعلة ذلك بينة ، وإذا لم يكن ثمة عين مرهونة : ولا كفيلا يكفل فإن الأجل في هذه الحال يسقط للضرورة ، وتكون الديون المؤجلة كالديون الحقة : كل منها ينبت مستحق انقضاء من وقت الوفاة ، وهذا معقول في ذاته ، لأنه يجب الاحتياط للدائن والمدين معا ، وقد كان الاحتياط للمدين بوجوب الأجل إن تمسك به الورثة . لكيلا يذهب عنهم حق كان لمورثهم . والاحتياط للدائن كان بهذا التوثيق ، لأنه سيؤجل تغير من اشترط معه . فلا بد من كفيلا ملئ برضاه ، أو رهن يضمن الوفاء عند التقصير في الوفاء . وهذا الحكم سائر . سواء كانت التركة مستغرقة بالديون ، أم كانت غير مستغرقة ، بيد أنه إذا كانت التركة مستغرقة بالديون والديون المؤجلة أكثر من قيمتها فإنه لا يشترط ألا تكون قيمة الرهن أقل من قيمة الدين بل الشرط ألا تكون قيمة الرهن أقل من قيمة التركة : ونقول بإجمال : يشترط ألا تكون قيمته دون الأهل من التركة والدين . ونكون الكلام عاما للمستغرقة ، وغير المستغرقة ، على ذلك فإن الديون الحالة تقدم في الوفاء من التركة إن وثقت الديون المؤجلة بكفالة أو رهن .

ويصير الدينان المعجل والمؤجل على سواء في حالين :

(إحداهما) إذا تأخر سداد الدين الحال بسبب من الأسباب إلى أن حل الأجل ، فإنه في هذه الحال يكون الدينان متساويين في الأداء ، إلا إذا كان أحدهما قد تعلق بعين من أعيان التركة قبل الوفاء .

(١٩) يلاحظ هنا أن القاضي ابن أبي يعلى من الحنابلة يرى أن الدين بعد وفاة المدين يكون في ذمة ورثته بشرط ألا يزيد عن قيمة التركة . ويعترض على هذا بأنه شغل للذمة من غير رضى من الوارث . وبين المقرر أن الدين ينشأ بالعين . ويسنوفى منها ، ولا تخلص التركة للورثة من غير وفائه . فكيف يعلق قبل انقضاء ذمة الميت وبعد الوفاة بذمة الورثة والعين ، وبأن المطالبين كفّ تثبت على شخص من غير مباشرة أسبابها ، ولذلك كان هذا الرأي غريبا في اتقيسة الفقهية .

(الثانية) حال الضرورة ، وهى إذا لم يوثق أداء الدين المؤجل برهن أو كفيلا فإن الأجل يسقط كما ذكرنا ، ويكون كلاهما حالا •

٢٨ - وقبل أن نترك كلام الفقهاء فى هذا المقام نشير إلى أن بعض التابعين ومنهم الحسن البصرى - وظاووس ، والزهرى - وغيرهم - رأوا أن الديون المؤجلة لا تحل بالفوغة - ولا حجة إلى أن توثق برهن أو كفيلا إلى أن ينتهى الأجل - ولا ضرر فى هذا إذا كانت التركة غير مستغرقة بالديون ، وتسع الديون الحالة والمؤجلة - ولا تضيق عنهما •

وإذا كانت التركة مستغرقة بالديون ، فقد استشكل الأمر بعض الباحثين ، وعندى أنه لا إشكال . لأن التأجيل إنما هو حق الورثة ، فإذا كانت مستغرقة بالديون ، فماذا نقول لا شأن لهم بها - بل تكون حقوق الدائنين ثابتة فيها ، وبذلك لا يكون حق التأجيل لأحد ، لأن أصحابه قد بعدوا عن التركة ، وأما أن نقول أن حقهم لا يزال قائما - وهو الملكية فإن التركة متعلقه بها - ديون أصحابه بنسبتها ، وما تبقى يكون لأصحاب الديون المؤجلة ، وليس لهم أن يبيعوا ما خص حصصهم إلا بعد انتهاء الأجل ، والنماء يكون للورثة على قول من يقول أن استغراق الديون للتركة لا يمنع الورثة من ملكيتها ونمائها •

٢٩ - ما ذكرناه كان حكم الفقه ، فلننتقل إلى حكم القانون المدنى الجديد فى الديون المؤجلة فى التركات ، وأول ما تراه فيه أن واضعيه فرقوا بين التركة المستغرقة بالديون - والتركة غير المستغرقة ، فالتركة المستغرقة بالدين الأصل أن تحل فيها الديون المؤجلة كما قرر الذين وضعوا المشروع ، وكما هى القواعد العامة للتدوين ، وبهذا سلكوا مسلك جمهور الفقهاء ، فلقد جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه : « التركة المعسرة تحل فيها الديون المؤجلة وتوزع كلها على الدائنين » واعتبرت المذكرة التفسيرية الأحكام التى جاءت فى نصوص القانون خاصة بحلول الديون المؤجلة بناء على طلب الورثة وتجزئة الضمان مع التأجيل إن لم يطلبوا - اعتبرت ذلك فى التركة غير المستغرقة بالدين ، وعلى ذلك يكونون قد اعتبروا أن التركة المستغرقة بالدين الأصل فيها أنه لا شأن للورثة فيها كما هو مذهب الحنفية إلا أن يشاءوا استخلاصها بسداد كل ما عليها من ديون • وفى هذه الحال لهم أن يطلبوا مجتمعين أو من يريد الاستخلاص منهم إنهاء الديون على أن يسددوا فوائده ستة أشهر إن كان ثمة اتفاق على فوائده ،

كما هو حكم المادة ٥٤٤ هـ من القانون المدني (٢٠) ومهما يكن فذلك متفق مع ما نص عليه بالنسبة لغير المستغرقة في الجملة .

أما حال عدم الاستغراق ، ويسار التركة كما عبر مفسر القانون : فإنه اعتبر التأجيل حقاً للدائنين ، وحقاً للورثة ، أما اعتباره حقاً للدائنين فللفوائد التي اتفقوا عليها مع المورث ، ولذلك وجب أن يعوضوا عن هذا الحق ، وذلك أخذاً بمبدأ مقرر ، وهو التعويض عن فوائد ستة أشهر من وقت الإعلان بطول الدين (٢١) إذ أن الورثة إن اتفقوا على حلول الديون المؤجلة كان لهم ذلك مع ملاحظة المادة التي تقرر هذه الفوائد ، فقد جاء في المادة ٨٩٤ ما نصه : « للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل ، وب تعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن مراعية في ذلك المادة ٥٤٤ » .

أما حق الورثة في التأجيل فقد أثبتته القانون لأنه يقرر أن التعجيل يكون

(٢٠) هذا هو ما نصت عليه المادة ٥٤٤ هـ من القانون ، ونصها : إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انتقضت ستة أشهر على القرض أن يعطى رغبته في إلغاء العقد ، ورد ما اقترضه على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان . وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو تعاملاً من أي نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد أو الحد منه .

(٢١) وإن وجوب فوائد للدائنين عن مدة ستة أشهر عند تعجيل الأداء يتفق مع منطق القانون المدني المصري ، وهو من القوانين الربوية التي تجيز الربا بقدر محدود لا يعمده ولكنه لا يتفق مع منطق الشريعة الذي كان يجعل كل ربا محرماً ، ولو مضى الزمن الذي كانت الفائدة في نظيره ، فالله سبحانه وتعالى يقول « وإن تبتم فلکم رعوں أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون » والقانون إذ يجعل الأجل حقاً للدائنين لفائدته المقررة يبالغ في حماية الربا من ناحيتين :

(أحدهما) أنه يجعل الفائدة سارية ، ولو سدد الدين قبل مدة ستة أشهر .

(والثانية) أنه يجعل حكم الفائدة ملزماً للورثة من بعد وفاة من وصى بالربا ، ولا شك أن هذا مبالغ في حماية الربا الذي يقرر أرسطو أنه كسب مناف للعقل وللطبع ، فيقول : « كان حقاً علينا أن نستكر الربا ، لأنه طريقة تولدت من النقد نفسه ، وهي تمنعه مما وجد لأجله لأن النقد لا ينبغي أن يكون إلا للمعاوضة والريح منها ، والفائدة أو الربا هي نقد تولد عن نقد . وهذا النوع من الكسب هو من بين ضروب الكسب كلها - الكسب المضاد للطبع ، . فليعتبر أولو الإبصار ، الثرائع تحرم الربا ، والفلسفة تقرر أنه مناف للعقل ، والاقتصاد يقرر أنه سبب الأزمات ، ومع ذلك يقدس القانون المدني المصري .

إذا اتفقوا جميعاً عليه فإن لم يتفقوا جميعاً عليه بقى الدين مؤجلاً ، ووزع على الورثة كل بمقدار حصته من التركة ، ويكون مما يخص كل واحد ضامناً لما عليه من دين ، وهذا يستفاد منه أن التركة تقسم على الوراثين ، كل يأخذ ما يخصه محملاً بدينه ، ويكون ما يخص كل وارث فيه ضمان كاف للدين ، إذ المفروض أن التركة غير مستغرقة بالديون ، ويكون المفروض تبعاً لذلك أن جزء التركة الذى وقع فى نصيب الوارث يفى بأندين الذى اختص به ، ولكى يكون الدائن مطمئناً على حقه يجوز للقاضى أن يرتب له حق اختصاص على عقارات التركة التى وقعت فى نصيب الوارث ، وذلك مع أن الدين مؤجل ، ولم يصدر به حكم ، بل يجوز مطالبة الوارث بإضافة ضمان تكميلى من ماله الخاص ، أو مطالبته بأية تسوية أخرى كتقديم كفيل أو عقد تأمين لمصلحة الدائن ، فإذا لم يمكن أن يتحقق للدائن الضمان الكافى ، فإن حقه يبقى غير قابل للتجزئة ، وضمانه هو فى كل أموال التركة ، ما وقع منها فى نصيب الوارث ، وما وقع منها فى نصيب الورثة الآخرين مع مراعاة اتخاذ الاجراءات اللازمة لشهر الحق ، وإذا ما قسمت الديون المؤجلة على الورثة على النحو المتقدم ، ورأى بعض الورثة تعجيل دفع الديون التى اختصوا بها ، جاز لهم أن يطلبوا من القاضى الحكم بحلول هذه الديون وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقاً للأحكام التى تقدم ذكرها (٢٢) ، أى مع احتساب الفوائد عن ستة أشهر .

(٢٢) راجع المذكرة التفسيرية ، وهذه الأحكام اشتملت عليها المادتان ٨٩٥ و ٨٩٦ وهذانصها :

المادة ٨٩٥ — إذا لم يجع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة ، وتوزيع أموال التركة ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ، ومن جملة أموالها بها يكون فى نتيجه معادلاً لصافى حصته فى الإرث .

(١) وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول على أن تحتفظ لن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين فإن استحال تحقيق ذلك ولو بإضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثة من ماله الخاص ، أو بالاتفاق على تسوية أخرى رتبته المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها .

(ب) وفى جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص .

المادة ٨٩٦ — يجوز لكل وارث بعد توزيع الديون المؤجلة أن يدفع القدر الذى اختص به قبل أن يحل الأجل طبقاً للمادة ٨٩٤ .

هـذا ما جاء بالقانون ، وقد سقناه مع عبارة المذكرة التفسيرية ، حتى نكون حكايتنا له دقيقة . وتراه بالنسبة لنتركة يقرر أن الأصل إبقاء لأجل . وتقسيم التركة مع تجزئة الضمان ، إن كان فيما يختص به كل وارث ضمان كاف لسداد الدين ، مع الحكم بحق الاختصاص فيه ، وإن لم يكن الضمان تأفيا ، فللدائنين المطالبة بالضمان الكافي ، وإلا لا يتجزأ الضمان : ويكون لهم الحق في الرجوع في سائر التركة ، إن لم تسدد ديونهم .

وإن ذلك يتفق في جملته مع رأي الحنابلة الذين أجازوا لوارث أن يستمسك بالأجل . على أن يقدم الضمان الشخصي أو العيني انذى يمكن الدائن من الاستفادة ، بيد أن القانون قد اعتبر نصيب الوارث كافيا للضمان إن كان فيه سعة واضحة بينة واكتفى بحق الاختصاص عليه ، وهو في ذلك يتلاقى مع رأي التابعين الذين يرون بقاء الأجل ، من غير حاجة إلى ضمان غير التركة ، وهذا كله مع ملاحظة أن الديون الحالة توفى قبل توزيع التركة ، وتوزيع الديون المؤجلة ذلك التوزيع ، فالحانون رغه على الورثة بهذا من ناحيتين :

(إحداهما) بقاء حق التأجيل لجواز أن يستطيعوا سداد الديون من غلات التركة ، أو من مال آخر يجيء إليهم بدل أن تباع التركة أو بعضها بثمان بخص أو يحتفل أن يكون بخصا .

(وثانيتهما) بتقسيم التركة مع تقسيم الضمان من غير أن تستمر التركة موقوفة لا يستخلص كل واحد نصيبه ، ويتصرف فيه حرا طليقا من القيود إلا ما يكون ضمانا لسداد ما عليها من حقوق يتحمل هو تبعاتها وحده بما يقدم من ضمان مالى أو شخصى . أما الديون الحالة - فلا حاجة إلى التوزيع قبل سدادها .

ونحن لا نرى في هذا الجزء من القانون مخالفة للشريعة ، بل هو متفق في الجملة مع لبها إلا في مسألة الفوائد الربوية إذا اراد آورثة الوفاء بكل الديون المؤجلة ، وإلغاء الآجال ، فإن هذه المعاملات الربوية لا تسوغها الشريعة ، لأنها لا تعرف رأس المال ناميا بنفسه ، ولا تعرف الغنم من غير تعرض للغرم .

تنفيذ الحقوق المتعلقة بالتركة

٣٠ — بينا فيما مضى من القول انحقوق المتعلقة بالتركة ، وذكرنا أنها مرتبتان (إحداهما) ما يكون أساسه حاجة الميت إليه من تجهيز وتكفين له هو

ومن كان يعوله شرعا في حياته ثم سداد ديونه ، فقد بينا أن ذلك من حاجة الميت • والمرتبة (الثانية) الخلافة التي تثبت عن الميت في ماله • وهي خلافة اختيارية وتكون بالوصايا ، والأخرى خلافة إجبارية ، وتكون بالمواريث ، وقد بينا تنازع هذه الحقوق ومدى كل حق ، وأشرنا إلى أن أولاهما بالأداء هو التجهيز والتكفين ، وسن فصل الآن القول فيه ، إذ نتكلم عن تنفيذ هذه الحقوق فننتكلم عن التركة وتنقسمها وطرق سداد ديونها ، وتنفيذ وصاياها ، وقبل أن نخوض في ذلك لابد من بيان أمرين : (أحدهما) ما التركة التي تتنازعها هذه الحقوق ؟ أي يتعلق حق الدائن ، وحق الموصى له وحق الوارث ! (وثانيهما) ما التجهيز وما التكفين المطلوب ؟ وما مرتبتهما بالنسبة لسائر الحقوق المتعلقة بالتركة ؟

٣١ - التركة : قد اختلف الفقهاء في الحقوق التي تنتقل بالوفاة إلى الورثة ما بين مضيق وموسع ، فذهب الحنفية والظاهرية إلى أن التركة التي تورث ، وتنتقل بالخلافة ، ويتعلق بها حق الدائنين — هي الأموال ، وكل حق تابع للأموال المملوكة للمورث ، فلا يدخل في التركة إلا الأعيان والحقوق المالية التابعة لها ، وعلى هذا المذهب يدخل في التركة ما يأتي :

(أ) الأموال المحوزة بكل أنواعها عقارات ومنقولات ، قيمات ومثليات ، سواء أكانت تلك الأموال تحت يد المالك أم كانت تحت يد نائبه ، كسيد المستأجر والمستعير — والوديعة ، أم لم تكن تحت يده ولا يد نائبه ، كالأموال المغتصبة •

(ب) الأموال التي لم تدخل في حياته ، ولكن له حق مقدر معلوم فيها وإن لم يعين بذاته • كنصيبه من غلات الوقف التي استحقها في حياته ولم يتسلمها والدين الذي له في ذمة غيره •

وهذا القسم قريب من القسم الأول ، ولكن يفترق عنه في جزء ضئيل وهو أن الأول دخل في حياته ، وثبت له يد عليه ، وإن خرج من يده ، فإلى يد نائبه عنه ، أو معنتية عليه مبطل ، واليد المبطل لا تلغى اليد المحققة ، كما هو مقرر في الفقه الإسلامي ، أما الثاني فإن الحق المالي فيه ثابت ، ولكن لم تثبت للمالك فيه يد بعد •

(ج) الحقوق العينية التي ليست بمال في ذاتها ولكنها تقوم بمال ، أو هي متصلة بأموال من القسم الأول ، وتزيد في قيمة العين ، كحق الشرب وحق

المرور وحق المسيل ، وحق العلو ، وحق الحكر بوراثه البناء والغراس الذي جعل له حق الأولوية في الإجازة . وكذلك الرهن : فإن ورثة المرتهن ورثوا الدين موثقاً به .

(د) خيارات الأعيان : كالعين التي تتعلق بها خيار العيب ، فإن خيار العيب يكون حقاً للورثة . لأن العين قد ورثت . ومعها حق سلامة من العيوب فكان للوارث أن يختار بقاءها مع عيبها أو فسخ العقد الذي انعقد على أساس السلامة ، ومثل ذلك خيار فوات الوصف المرغوب فيه ، فإنه ورث العين مع ذلك الوصف المرغوب فيه ، فكان له الحق في إبقائها مع تخلفه . أو فسخ العقد الذي فوات فيه الوصف مع أنه جزء من الاتفاق : وكذلك خيار التعيين . فإنه ليس إلا تمييزاً للملك من بين ثلاثة أشياء . إذ مقتضاه أن الملك ثبت في واحد غير معين ، وكان التعيين حقاً للمورث . فينتقل الملك مع حقه .

والخلاصة أن التركة التي تتعلق بها الحقوق بعد الموت هي الأموال ، والحقوق التي تعتبر خادمة لمال معين أو تابعة له ، أو موثقة له أو معينة ، أما الحقوق الشخصية التي تتعلق بمحض الإرادة والاختيار من غير أن تكون تابعة لعين مملوكة للمورث وخادمة لها . والتي لا تعد أموالاً في ذاتها ، فإنها لا تورث ولا تتعلق بها حقوق بعد الوفاة ، ومن ذلك :

(أ) الخيارات الشخصية البحت كخيار الشرط ، وخيار الرؤية . فإنهما ليسا إلا حق الفسخ من غير سبب قائم متصل بالعين . بل من حيث الرضا بالنفقة في جملتها . ومثل ذلك حق الشفعة . فإنه بعد المطالبة بها وقبل القضاء لا تورث عند الحنفية . وادعى الظاهرية أنها حق خادم للعقار ، فهي متعلقة بالمال ، ووجهة انحنافه أنها ليست إلا الرغبة في السراء ، فهي إرادة ومشية ، والإرادة والمشية لا تورثان .

(ب) المنافع : فإنها لا تورث عند الحنفية ، فمن استأجر أرضاً تنتهي الإجازة بموته ، لأن المنافع ليست أموالاً في المذهب الحنفي ، وإن كانت تقوم بالنقد ، وكذلك إذا كانت الوصية بالمنفعة غير مقيدة بزمن ، وكانت لشخص معين ، فإنها تنتهي بوفاة ، لأن المنفعة لا تورث ، وهي لشخص الموصى له ، فتتقيد بحياته ، وإن كانت مطلقة عن الزمان .

والأساس هو كما قلنا أن الحنفية لا يعتبرون المنافع مالا له قيمة ذاتية ،

بما يقومها العقد ، والعقد إرادة شخصية تنتهي بوفاة العاقد إن نظر إليه مجردا ، ولا تعتبر المنافع أموالا عند الحنفية لأن صفة المالية عندهم لا تثبت إلا بالتمول ، والتمول صيانة الشيء وإحرازه ، ولذا لا يقال لمن ينتفع بالشيء مستهلكا أنه متمول له ، فلا يقال لمن يأكل شيئا إنه يتمول ذلك المأكول ، وإذا كان التمول كذلك فالمنافع لا يمكن تمولها ، لأنه لا يمكن إحرازها ... إذ أنها لا تبقى زمانين • بل تكسب آنا بعد آن • وبعد الاكتساب تتلاشى وتنفى فلا يبقى لها وجود ، وإذن فهي ليست بمال • إذ المال بالتمول ، ولا يمكن تمولها (٢٣) •

(ج) قبول الوصية : فإنه إذا مات الموصى له قبل أن يعرف له قبول أو رد للوصية • نزلت الوصية وصحت واعتبر عدم الرد قبولا ، ولا ينتقل حق الرد والقبول إلى الورثة ، أو بالأحرى لا ينتقل حق الرد إلى الورثة ، لأنه إرادة شخصية ، وأساس ذلك أن الوصية تنشأ بالإيجاب المنفرد ، ولكن للموصى له حق الرد بعد وفاة الموصى دفعا لمنة العطاء عليه إن وجد في نفسه مسوغا للدفع ، فإن لم يرد يسقط ذلك الحق بوفاة ، لأنه إرادة شخصية لا تورث ، ومثله في ذلك مثل حق الفسخ بخيار الشرط أو للرؤية ، فإنه إرادة مجردة لا تورث ، فإن مات صاحبه صار العقد باثا لا يقبل الفسخ المنفرد من جانب الورثة والعمل الآن على خلاف المذهب الحنفى في هذه الجزئية ، لأن حق القبول والرد في الوصية ينتقل إلى الورثة ، لما هو مقرر في قانون الوصية •

(د) حق الاحتجار في الأرض الموات ، وذلك لأن الأرض الموات إذا سورها مريد الإحياء ، وأعلن الاستيلاء عليها - يكون له الحق في إحيائها ، ونيس لأحد أن ينازعه في ذلك الحق لمدة ثلاث سنوات ، فإن لم يحيها في هذه المدة سقط حقه في الاحتجار ، لأن المحتجر إذا مضت عليه ثلاث سنين لم يحيها فيها قد ضيق على الناس في حق مشترك لهم ، ولم يصلح الأرض فلا انتفع ولا ترك الناس ينتفعون ، ولقوله عليه السلام « ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » (٢٤) •

(٢٣) راجع كتابنا (الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية) ص ٤٩ ،
٥٠ ففيها بيان كامل لمالية المنافع ، والاختلاف فيها سلبا وإيجابا .

(٢٤) راجع الملكية ونظرية العقد في باب إحياء الموات .

فإذا مات المحتجر في أثناء هذه السنين الثلاث أيورث عنه ذلك الحق
أم لا يورث ؟ قال الحنفية لا يورث لأنه ليس مالا ، ولا متعلقا بمال للمورث ،
إنما هو حق الأولوية في الإحياء بسبب السبق في التسوير ، وذلك ليس حقا
ماليا ، ولم يتعلق بمال مملوك للمورث ، إنما تعلق بمال مشترك ثابتة فيه
الشركة الطبيعية بين الناس أجمعين .

فهذه الحقوق الأربعة لا تعد تركة ولا تورث ، وحجة الحنفية في منع
اعتبار هذه الحقوق في ضمن التركة هو قوله عليه الصلاة والسلام : « من ترك
مالا فلورثته » وقد روى هذا الحديث برواية أخرى ، وهى : « من ترك مالا
أو حقا فلورثته » ولكنهم انكروا ما في هذه الرواية من زيادة كلمة « حقا »
وقصروا التركة على الأموال القائمة ، وأدخلوا من الحقوق ما يعد خادما لهذه
الأموال من حيث إنه يكون تابعا لها ، والتابع يسير في الملكية مع المتبوع ،
وينتقل بالخلافة كما ينتقل المتبوع ، وتتعلق به الحقوق ، كما تتعلق بالمتبوع ،
أما الحقوق المجردة التى لا تعتبر خادمة للأموال المملوكة للمورث ، فإنها لا تعتبر
تركة ولا تورث ، لأن وراثتها لا تثبت إلا استقلالا ، وإن الملكية بالخلافة لا تثبت
إلا بنص من الشارع ، والشارع لم ينص إلا على الأموال ، فلا يلحق بها استقلالا
ما لا يعد مالا .

٣٢ - هذا مذهب الحنفية وتحريره ودليله . ولننتقل بعد ذلك إلى
المذهب الذى يقابله . وهو مذهب الجمهور . وهو في جملته يوسع أكثر من
المذهب الحنفى وإن اختلف الأئمة في مقدار المتوسعة ، فهو يقرر أن كل الحقوق
التى كانت ثابتة ولها صلة بمانه . ولم تكن حقا مقصورا على شخصه ، ويلاحظ
في كسبه ناحية شخصية فيه ، فإنه يورث ، فتورث الحقوق التى تعتبر خادمة
لأمواله ، والحقوق التى تعد مملوكة له ، فحق الشفعة يورث . والخيارات التى
تتعلق بعقود الأموال كلها تورث . والمنافع تورث . والاحتجار يورث كما نص
على ذلك في كتب الحنابلة ، وعلى هذا فكل حق له صلة بالمال سواء أكان
خادما له كالارتفاق ، أم لم يكن خادما ولكن يمكن انتقاله بالخلافة كخيار
الشرط فإنه يورث ، وذلك لأن الورثة قد خلفوا المالك في كل أمواله . فكل ما
يكون مملوكا للشخص من أموال ومنافع وحقوق تتصل بإرادة هذه الأموال فإنه
يكون له من غير استثناء ، إلا ما يكون ملاحظا فيه الناحية الشخصية كالولاية
فإنها لا تورث ، لأن شخص المورث هو الأساس لها ، والشرع لاحظ فيها أنها
واجب لا حق .

وأيضاً فإن السبب الذى أوجب انتقال الأموال إلى الورثة هو السبب الذى يوجب انتقال الحقوق التى لا صلة لها بالأموال ، ثم إن المنافع هى فى الحقيقة أموال ، لأنها أساس التقويم فى الأموال ، إذ الأعيان تقوم بما فيها من منفعة ، فمن استأجر أرضاً ملكاً منافعها ، وهى أموال ، فتنتقل إلى ورثته ، والحديث « من ترك مالا أو حقاً فلورثته » صريح فى إثبات وراثة الحقوق جملة ، وكلمة « حقاً » روايتها صحيحة فى نظرهم .

٣٣ — هذا هو الخلاف فى معنى التركة ودليله ، وأساس الخلاف فى نظرى يقوم على أمرين :

أولهما : فى تفسير كلمة أموال ، فالحنفية لا يعتبرون المنافع مقبومة فى ذاتها ، وجمهور الفقهاء يعتبرونها أموالاً لها قيمة ذاتية ، فكانت المنافع لا تورث ، على رأى الحنفية ، وتورث على رأى الجمهور .

ثانيهما : أن الفقهاء اتفقوا على أن الحقوق الشخصية لا تورث ، فالوظيفة لا تورث والولاية كذلك باتفاق ، ولكنهم اختلفوا فى تفسير الحقوق الشخصية فأدخل الحنفية فى الحقوق الشخصية خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وحق الشفعة ولو بعد المطالبة بها ، وحق الاحتجار ، ولذلك قرروا أنها لا تورث ، والجمهور لم يدخلوا هذه الحقوق فى معنى الحقوق الشخصية ، بل اعتبروها حقوقاً مالية تخدم المال ، أو تتبعه ، ولو ببعض التوسع .

٣٤ — وبعد هذا البيان نذكر ما نتجه إليه القوابلن المصرية ، فألى أى الناحيتين نتجه ، أتتجه إلى ناحية المذهب الحنفى ، أم إلى رأى الجمهور ؟ ... لم نجد فى قانون الميراث شيئاً من ذلك ، وخلوه منه معقول ، لأن قانون الميراث لا يبين حقائق الأموال ، وما يعتبر مالا وما لا يعتبر ، وهو فوق ذلك ليس فيه كل أسس الملكية ، ولكنه لبيان انتقال الأموال بالخلافة ، وأسباب ذلك الانتقال وقوة هذه الأسباب ، وترجيح بعضها على بعض ، وتوزيع التركة لا لبيان الأموال التى تورث .

وقانون الوصية أيضاً لم يبين معنى التركة ، لأنه يبين أحد نوعى الملكية بالخلافة فهو فى هذه الناحية كقانون الميراث ، ولم يتعرض إلا لاشتراط أن يكون الموصى به مما يجرى فيه الإرث ، أو يصح أن يكون ممحلاً للتعاقد حال حياة الموصى ، وإن كان فيه زيادة فهو أنه لا يقيد الموصى به بأن يكون تركه يجرى فيها

الإرث ، بل أجاز الوصية في كل ما يجرى فيه التعاقد في حال الحياة ، وجازت الوصية التي لا تعد وصية بجزء من انتركة ، كالوصية بتقسيمها ، وإذا كان قانون الميراث والوصية كلاهما لم يتعرض لبيان التركة ، فليس لنا إلا أن نتجه إلى قانون الملكية ، وهو القانون المدني .

٣٥ - وهذا القانون يتجه في عموميه إلى اعتبار كل حق يجرى بين الناس فيه التعامل ، ويخضع لحكم القانون ويحميه هو حق مالي ، أو مال ، فالمال في عرف القانون المدني الجديد هو الحق ، ذو القيمة المالية ، سواء أكان حقاً عينياً أم كان حقاً شخصياً : أم كان حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية . ويفرق هذا القانون بينه وبين الشيء . بأن الشيء هو محل الحقوق (٢٥) فالمال على هذا النظر هو الحقوق المتعلقة بالأشياء . والأشياء محل الحق ، وعلى هذا فهو يتجه إلى رأى الجمهور ، ولذلك استقرت فيه الأحكام على وراثته حق الشفعة ، ووراثته الإجارة . إلا في صور استثنائية : ووراثته حق إصلاح الأراضى البور لمن أذن له بإصلاحها ، وامتلاكها بعد إحيائها ولقد كان حق الشفعة موضع خلاف بين المحاكم إلى سنة ١٩٣٩ ، ثم جاءت محكمة النقض في سنة ١٩٣٩ وقررت أن حق الشفعة يورث ، وجاء في أسباب حكمها ما نصه :

« ومن حيث إن كون الشيء مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته . أو ليس مالا . فلا ينتقل . . هو بحث في مسألة من صميم المعاملات ، وإذا كانت المادة ٤٥ من القانون المدني (أى القديم) قد أحالت تعرف أحكام المواريث إلى قانون الأحوال الشخصية ، فإن المراد بهذه الإحالة أن تطبق أحكام القانون المحال إليه على مسائل الإرث ككون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره ، إلى غير ذلك مما يقوم عليه حق الإرث في ذاته . أما الأشياء التي تكون موضوع هذا الحق ، فالمحكم في ثبوت ماليتها أو نفيها لا يكون إلا تبعاً للقانون الوضعي الذي هو وحده المرجع في كل ما يدخل في دائرة المعاملات والأموال » .

« ومن حيث إن المال في اصطلاح القانون هو كل متقوم نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره ، وكما يكون المال شيئاً مادياً ، كالأعيان

(٢٥) راجع شرح القانون المدني الجديد للأستاذ الجليل الدكتور كامل مرسى

ج ٣ ص ١٣ .

انتي تقع تحت انحاس ، كذلك يكون شيئاً معنويا كالحقوق التي لا تدرك إلا بالتصور . والاستسفاف حق من هذه الحقوق ، توافق فيه عناصر المالية : النفع والتقوم وقابلية الاستئثار . فوجب اعتباره مالا « (٣٦) » .

وترى من هذا أن القانون المدني القديم والقانون المدني الجديد يقجها إلى اعتبار كل الحقوق التي يمكن أن يستأثر بها الشخص وتجري فيها ملكيته مالا . بل إن القانون الجديد يقصر المالية على الحقوق ، ويعتبر الأشياء مملوكة . وعلى ذلك فالتركة هي الأشياء المادية والحقوق التي كانت للمورث ، وجرت عليها ملكيته . وهذا معقول في ذاته . وهو لب ما ارتآه جمهور الفقهاء ، وخالفوا فيه الحنفية ، بيد أنه يلاحظ أن الوصية بالمنافع تكون مقصورة على حياة الموصي له إن أطلقت عن الزمان ، لأن ذلك منصوص عليه في قانون الوصية . وهو القانون المعمول به ، وقد اشتق هذا من مذهب أبي حنيفة .

التجهيز والتكفين

٣٦ - قررنا أنه لا حق للورثة والموصى إلا بعد أن يستغنى الميت عن ماله ، وإن حاجته إلى ماله تكون بتجهيزه وتكفينه وتقبره بما يليق بمثله من غير تبذير أو تقتير . وبتسديد ديونه ، وعلى هذا يكون التجهيز والتكفين مقدما على حقوق الورثة بلا ريب . وأما تقديمه على الديون ، فإنه مقدم على الديون التي لم تكن متعلقة بالتركة قبل الوفاة ، لأن التجهيز بعد الوفاة ، كالحاجة الشخصية من ملابس ومأكول في الحياة ، وهذه مقدمة على الديون التي ليست متعلقة بالتركة في الحياة ، ولذلك أجمع الفقهاء على تقديم التجهيز والتكفين على الديون التي لم تكن متعلقة بالتركة في الحياة ، ولم يخالف في ذلك سوى الظاهرية . وليس لكلامهم أساس ، وهو يتخالف مع الحقوق الإنسانية واللياقة فلا يلتفت إليه .

وموضع الخلاف بين الفقهاء هو تقديم التجهيز والتكفين على الديون المتعلقة بأعيان من التركة قبل الوفاة ، كالأعيان المرهونة ، فالحابطة ورواية في المذهب الحنفي تقدم التجهيز والتكفين على الديون المتعلقة ببعض التركة ، وجمهور الفقهاء والرواية المشهورة من المذهب الحنفي أن التجهيز والتكفين

(٢٦) راجع القانون المدني للأستاذ الدكتور كامل مرسى ج ٣ ص ٥١٣ .

يؤخر عن الديون المتعلقة بأعيان التركة قبل الوفاة ، فإذا كانت التركة كلها مرهونة في دين ، فإنه لا يجهز إلا بعد سداده ، أو فيما يفضل من سداده ، ويكون تجهيزه على من كانت تجب عليه نفقته في حياته إذا لم يكن في التركة فاضل يكفي للتجهيز أو التكفين : ووجهتهم في ذلك أن الأعيان التي تتعلق بها حقوق الدائنين في حياته لا يملك التصرف فيها ، ولو لحاجته الخاصة ، فلا يبيع العين المرهونة ليأكل من ثمنها ، ولا يشتري بها ملبسا له ، ولا ليؤجر لنفسه مسكنا لسكنه ، وإذا كان لا يملك ذلك في حياته ، فأولى ألا يكون له الحق فيه بعد وفاته . لأن الموت من شأنه أن يقوى تعلق الحقوق بالأعيان ، لا أن يضعفها إذ الذمة تضعف عن احتمالها ، فتقوى الأعيان ضعفها ، وإن الموت يجعل الديون تتعلق بالأعيان ، إن لم تكن متعلقة بها من قبل ، فبالأولى لا يضعف المتعلقة بها من قبله ، وترى أن هذا الرأي يساير القياس الفقهي .

أما وجهة الحنابلة والرواية الأخرى في المذهب الحنفي : وهي غير المشهورة فهي أن حاجات الشخص مقدمة على سائر الديون ، ألا ترى أنه عند الإغلاس وتعلق الديون بالأموال تبقى له ملابسه ، وسكنه ، وليس التجهيز والتكفين إلا من هذا القبيل ، وأنه ليس من المعقول أن يكون للشخص أموال ، ولو كانت الديون متعلقة بها ، ويستجدي له كفن ، وهو ليس إلا كملابسه وأن هذا الرأي أشبه باستحسان .

ويلاحظ أن الحنابلة الذين يقررون ذلك الرأي ، إنما يقصرون التجهيز الذي يؤخذ من التركة ولو كانت كلها قد تعلق بها حقوق الدائنين قبل وفاته ، على تجهيزه وتكفينه فقط ، فلو كانت له زوجة قد ماتت قبله بقليل ، ومات هو قبل أن تجهز وتكفن ، فإن تجهيزها وتكفينها يكون من مالها ، أو من مال أوليائها ، فلا يقدم على الديون المتعلقة بالتركة إلا تجهيزه وتكفينه هو .

٣٧ - ولقد أخذ القانون بالمذهب الحنبلي في هذا المقام ، ولكنه زاد عليه فلم يقدم على الديون كلها - ولو كانت متعلقة بالتركة قبل الوفاة - تجهيز الميت وتكفينه فقط ، بل قدم تجهيزه وتكفينه : وتجهيز من يجب عليه تجهيزه ، فلو كان له ابن مات قبله ولم يجهز ولم يكفن ، جهز وكفن من التركة ولو كانت كلها قد تعلق بها الديون قبل الوفاة . فالقانون قد زاد على المذهب الحنبلي ولم يقتصر عليه (٢٧) .

(٢٧) هذا بعض ما اشتملت عليه المادة الرابعة من قانون الميراث ، ففيها « يؤدي من التركة (أولا) ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن (ثانيا) ديون الميت . . . » .

وممن يجب تجهيزه وتكفينه من التركة ، كيفما كاثت ديونها — زوجته إذا ماتت قبله ، ولم تكن قد جهزت وكفنت • ونص القبانون يشملها إذ أوجب تجهيز وتكفين من كانت تجب عليه نفقته ، والزوجة كانت تجب نفقتها على زوجها موسرة كانت أو معسرة ، وهذا أحد رأيين في المذهب الحنفى ، وهو رأى الشيخين أبى يوسف وأبى حنيفة • والثانى رأى محمد • وحجته أن الزوجية قد انقطعت بالوفاة ، وإذا انقطعت الزوجية ، لم تعد ثمة علاقة موجبة للانفاق الذى يترتب عليه وجوب الكفن ، ولأن النفقة فى الزوجية ليست صلة ، بل هى جزء الاحتباس •

وحجة الشيخين أن الزوجية التى هى سبب الحقوق الزوجية ما زالت ثابتة بالنسبة لآثارها ، ولذلك ثبت الميراث ، ولو كانت الزوجية قد انقطعت بالوفاة ما ثبت الميراث ، وإذا كانت الزوجية قائمة فحقوقها من جانب الزوج تكون قائمة • وإذا كانت النفقة واجبة عليه فى حياتها فالتجهيز ، وهو نفقة ، واجب عليه بعد وفاتها ، وليست لنفقات جزء خالصا للاحتباس ، ولكن لها شبهة بالصلات ، ولشبهها بالصلات كانت واجبة بعد الوفاة على صورة تناسبها ، وهو التجهيز •

٣٨ — والتجهيز المطلوب هو ما يلزم للميت من وقت الوفاة إلى أن يدفن فى قبره بما يلىق بمثله ، ويدخل فى ذلك الكفن ، ونفقات الجنائز ، من أجور نقل ونحو ذلك ، والأمم فى ذلك إلى العرف ما لم يكن مستكرا شرعا ، أو فيه إسراف ، وعلى ذلك يدخل فى التجهيز نفقات السراق الذى يتجمع فيه المشيعون للجنائز ، ويستقبل فيه المعزون ، ونحو ذلك •

ويلاحظ فى الكفن (٢٨) حال الشخص من يسار وإعسار ، وما كان يلبسه فى حياته ، فيختار من نوع أحسن ما كان يلبس على قول بعض المشايخ ، وقال الفقيه أبو جعفر ، يختار من أوسط ما كان يلبس ، وهو الذى يكثر من لبسه •

ويلاحظ فى التجهيز بشكل عام حال التركة ، وحال من تركهم من ذرية

(٢٨) يلاحظ أن الكفن يختار فيه المتوسط من حيث العدد والقيمة ، ويكون السنة الا يزيد على ثلاثة أثواب للرجل وخمسة للمرأة ، ومن حيث القيمة يكون من أعلى ما كان يلبس على قول بعض الفقهاء ، ومن المتوسط الذى يلبسه فى عامة أحواله على رأى غيره ، وقال الفقيه أبو جعفر إن كانت التركة مستفرقة يكفى بكن الكفاية ، وهو ما يستره ، وكلام الخصاف يوافقه ، ولكن العرف غير ذلك ، وهو معتبر •

ضعاف ، وعددهم ، فيلاحظ القصد ما أمكن القصد من غير أن يكون ما يستكره الشرع . وكل ما ينفق زيادة عما يوجبه العرف لا يلزم به الدائنون ، ولا يلزم القصر من الورثة ، بل يكون من أنفقه ضامنا له ، وكل من يوافق من الورثة الراشدين فهو شريكه في الضمان والتبعية ، وبعد التجهيز والتكفين يكون سداد الديون . ولنفصل القول في طريق تسديدها ، وقسمة التركة قبل التسديد ، ومن يسدها في الشرع وفي القانون .

تسديد الديون

٣٩ - قلنا أن الديون في المذهب الحنفي ليست مرتبة واحدة . بل هي مراتب أولها الديون التي تعلقت بأعيان التركة قبل الوفاة ، كالأعيان المهرونة والمبيع المحبوس إنى قبض الثمن . فإن دين الثمن يتعلق به . ثم تلي هذه ديون الصحة . ثم تليها ديون المرض . وقد بينا ذلك في موضعه في مراتب الديون . وعند سداد الديون المستغرقة للتركة يبدأ بذلك فسد المتعلقة بالأعيان ، وما فضل يكون لغيرها من ديون الصحة ، ثم ما فضل يكون لأصحاب ديون المرض . ولكن من المنفذ الذي يتولى تسديد الديون ؟ إن الديون إما أن تكون مستغرقة للتركة ، وإما ألا تكون مستغرقة لها . فإن كانت الديون مستغرقة للتركة ، فإن الذي يتولى القيام بتسديد الديون هو الوصى الذي اختاره الميت وصيا على تركته لأنه نائب عنه ، وذمة الميت ما زالت قائمة ، وأملاكه على ذمته ثم ينتقل إلى الورثة منها شيء ، لما قررنا من أن التركة المستغرقة بالدين لا تنتقل ملكيتها إلى الورثة على ما نص عليه في المذهب الحنفي . وإذا لم يكن الميت قد اختار وصيا يشرف على أموانه فيسدد ديونه وينفذ وصاياه ، فإن القاضي يعين من يبيع التركة ويسدد الدين ، ويتولى المعاملة مع الدائنين ، فهو يتولى أمر التركة ويبيع ما يسارع إليه التلف ، ثم يبيع سائر المنقولات ، ثم العقار ، ويتقاضى ائديون التي تكون للميت قبل الناس ، وكون الورثة لا ملكية لهم إذا كانت التركة مستغرقة بالديون ، ليس معناه أنه انقطعت صلتهم بها انقطاعا تاما . بل ما زالت لهم صفة الخلافة الناقصة عن المورث . ولذلك يجوز لهم استخلاصها بسداد ما عليها من ديون ، ويجبر الدائنون على قبول ديونهم ، وليس لنوصي المختار ولا لوصي القاضي أن يعترضها على ذلك . وللقاضي أن يجبر بعض الورثة على بيع التركة وسداد ديونها ، وليس له أن يجبر أحدا غيرهم ذلك الإجبار ، فإن لم يكن للميت وصي مختار كان للقاضي أن يقيم من الورثة من

يصفى التركة ، وله أن يجبره كما ذكرنا ، وهذا مظهر من مظاهر الصلة بين الورثة والتركة المستغرقة •

• ٤ - هذه طريقة تسديد ديون التركة المستغرقة بالديون ، أو المعسرة كما عبر القسانون المدني ، أما تسديد الديون في التركة غير المستغرقة بالدين ، فإن الميت إن كان قد ترك وصيا مختارا له فإنه هو الذي يتولى تسديد الديون ، فإن كان في التركة مال من جنسها بأن كان فيها نقود سدد منها وإن لم يكن فيها نقود باع من التركة ما يكفي لسداد الديون ، سواء أكان الورثة راشدين أم لم يكونوا كذلك ، لكن هل له أن يبيع العقار وفي المنقول ما يكفي لسداد الدين ؟ وهل له أن يبيع التركة كلها وفي بعضها كفايه ؟

يقول الصاحبان وقولهما الراجح المفتى به : إنه لا يبيع عقارا ما دام في المنقول ما يكفي لسداد الدين ، ويبدأ من المنقول بما يخشى عليه الفساد ، ثم ينتهي بسائر المنقولات ، وكذلك لا يبيع التركة كلها وفي بعضها غناء ، فإن كان في المنقول وبعض العقار ما يكفي لا يبيع الباقي ، وذلك لأن البيع لسداد الدين ، فيكفي من البيع بقدره ، لأن بيع الزائد فيه تصرف في حق الغير ، وهم الورثة فلا يثبت عليهم إلا بمقدار الضرورة المسوغة لذلك ، ثم هو تصرف في ملك الورثة من غير ضرورة ملجئة •

وقال أبو حنيفة إنه إذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق جاز للوصي المختار بيعها كلها ، ويسدد الدين من ثمنها ، وحجته في ذلك أن التركة إذا كانت مدينة ظلوصي المختار ولاية البيع ، والولاية إذا ثبتت في شيء لا تقبل التجزئة ، ولأن الدين متعلق بكل جزء من أجزاء التركة^(٢٩) كالدين الموثوق برهن يتعلق بكل جزء من أجزاء العين المرهونة ، فتاباع كلها في سبيل السداد ، وما يبقى بعد الدين يكون للورثة ، ولأن منع بيع الكل قد يؤدي إلى شركة المشتري على الشيوع في الملكية الباقية ، وذلك ضرر بلا ريب ، فكان من النظر أن يسوغ للوصي بيع العين كلها حتى لا يضطر إلى البيع على الشيوع ، والفتوى كما علمت على قول الصاحبين ، وقد أخذ بذلك القانون المدني^(٣٠) وهو مقبول شرعا وعقلا •

(٢٩) راجع فتح المعين الجزء ٣/ ٥٥١ .

(٣٠) اقرا في ذلك المادة ٨٩٣ .

هذا هو الحكم في تسديد ائديون إن كانت التركة غير مستغرقة بها وترك وصيا مختارا ، وإن لم يترك وصيا مختارا : فهل يقيم القاضى من يبيع بعض التركة لتسدد الديون ؟ لقد قرر الفقهاء أن الورثة إن كنوا صغاراً أو نم يكونوا راشدين أقام القاضى من يبيع بعض التركة لتسديد ديونها ، ويصح أن يكون الوصى الذى يعينه هو من له الولاية على الصغار بأن يفوض إليه ذلك الأمر أيضا ، لأن القاضى نصب ناظرا لحقوق الناس . فكان عليه أن يتولى معاونة الغرماء في تسديد ديونهم ، وإقامة من يبيع من التركة . ويسدد الثمن . وإن كان الورثة كبارا نقل صاحب الدر عن الجوهره انهم هم الذين يتولون تسديد الديون ، ويبيع بعض التركة لتسديدها . لأنهم هم الذين خلفوا الميت في ماله فكان عليهم تخليصها (٣١) ولا شك أن الورثة إن ماطلوا الغرماء ولم يسددوا ديونهم استعانوا بالقضاء لحملهم على بيع التركة لسدد الديون ، أى أن العلاقة تكون بين الورثة والغرماء مباشرة ، وإن كانت حقوق الدائنين متعلقة بالتركة ، إلا أنهم إذا اضطروا للاستعانة بالقضاء . فإنه ينفرد معاونا لهم . كما يعين كل غريم في استيفاء دينه . وقد يعين القضاء من الورثة ممن يقوم بالبيع والتسديد .

٤١ - هذا هو الحكم إذا كانت التركة مدينة ، سواء اكانت موسرة أم كانت معسرة ، فإن كانت غير مدينة ولا وصية فيها ، فالورثة هم أصحاب الشأن الكامل فيها ، ولو كان هناك وصى مختار ما تجاوزت حدوده من يكون له الولاية عليه من القاصرين من الورثة ، بيد ان له بما له من خلافة عن الميت في الولاية أن يتقاضى ديونها ، ويسلمها لمستحقها من الورثة ، وأن له أن يبيع منقولات الورثة لحفظها إذا كان الورثة الكبار غائبين عنها ، خشية ضياعها ، أو فسادها ، وإذا كان للميت وصيه فالوصى له سلطان تنفيذها لأنه خليفة الميت في ذلك ، ويلاحظ أن التركة إن كانت غير مدينة فليس للقاضى أن ينصب عليها وصيا بأى وضع كان ، وإن اختلف الورثة فيما بينهم فالتقاضى بينهم شأنه ك شأن كثير من الخطاء الذين ينبغي بعضهم على بعض ، لا يتدخل القضاء إلا إذا دعى للفصل بينهم .

قسمة التركة

٤٢ - هذه أحكام تسديد الديون . ولنتنقل إلى قسمة التركة ، إنه إذا لم تكن التركة مدينة فإن قسمتها جائزة لا خلاف في ذلك ، وإن كانت فيها

(٣١) راجع فتح المعين ج ٢ ص ٤٥٦ .

وهسية فإن الاقتسام يكون بين الورثة والموصى له من غير خير ولا ظلم خيماً بينهم ، وإن بغى بعضهم على بعض استعان بالقضاء للنصفة .

ولو كان الميت قد ترك وصياً مختاراً له أن يفرز للموصى له نصيبه إن كان الورثة غائبين ، وليس له أن يفرز لواحد من الورثة إن كانوا راشدين ، فهو يقاسم الموصى له ، ولا يقاسم الورثة ، أى أنه يقاسم الموصى له عن الورثة الغائبين ولا يقاسم الورثة عن الموصى له ، لأن نيابته عن الورثة استمدها من نيابته بالخلافة عن الميت في تنفيذ وصيته ، وليس له صفة النيابة عن الموصى له (٢٢) ثم له أن يفرز الوصية عن الميراث ، وليس له أن يفرز نصيب واحد من الورثة إلا إذا كان غائباً .

٤٣ — وإذا كانت التركة مدينة بدين مستغرق لها ، فإن التركة لا تقسم على مذهب الحنفية ، وأجاز الشافعية قسمتها على أن تكون كل حصة محتملة ما يخصها من دين ، وأساس ذلك الخلاف ما بيناه من أن الحنفية يرون أن الملكية لا تثبت للورثة عند الاستغراق ، وأن الضمان فيها لا يقبل التجزئة ، وأن الشافعية يرون أن استغراق التركة بالدين لا يمنع ملكية الورثة لها مع تعلق حق الدائنين بها ، وأن ضمان التركة للدين يقبل التجزئة (٢٣) فبغ كل حصة من الدين ما ينسبها من التركة فمن استحق نصفها وأفرزه تعلق بنصيبه نصف الدين ، وهكذا ، وإن مذهب أبى حنيفة أحوط للدائنين وأجدى ، إذ ما فائدة قسمة أعيان قد أحاطت بها الديون ، واثقلتها مطالبة الغرماء .

٤٤ — وإذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق ، أو كانت موسرة كما عبر القانون ، فإن الفقهاء الحنفى مع الشافعية اتفقا على جواز القسمة ، بيد أنهم يختلفان في شكل القسمة ، فالحنفية يجيزون القسمة على أن يخصص لنديون جزء من التركة يوفى منه ، ويسعها مع الاحتياط لها ، ويقسم الباقي على الورثة ، والموصى له بمقدار الوصايا ، وأنصبة الميراث .

والشافعية يقسمون التركة بين الورثة على أن تتحمل كل حصة منها حصتها من الدين ، وذلك سير على مذهبهم في تجزئة الضمان .

(٢٢) راجع شرح التبيين الجزء السادس ص ٢١٠ .

(٢٣) وهذا إذا لم تكن الديون متعلقة بالتركة قبل الموت .

ويلاحظ أنه إذا كان الدين قد تعلق بعين من التركة قبل الوفاة ، فإنها لا تقسم بالاتفاق : لأن ضمان الدين لا يتجزأ فيها . كما هو مذهب الشافعي .

ولا شك أن الشافعية يسيرون على منطق واحد . لأنهم قرروا من أول الأمر جواز تجزئة الضمان ، أما الحنفية فهم الذين سلكوا سبيل الاستحسان ، وخففوا به قاعدة عدم تجزئة الضمان بهذه الطريقة السهلة . وهي أن يخصصوا من التركة بعضها لسداد ديونها . ويقسم الباقي على أن تكون القسمة قابلة للنقض إن ملك الجزء المخصص للدين ، أو نم يوف به : أو ظهرت ديون أخرى ، ولترك الكلمة لصاحب التبيين فهو يقول : « ولو كان على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة : لأن الورثة لا يملكون التركة في هذه الحالة لأن الدين المستغرق يمنع من دخول التركة في ملك الوارث . لأن حاجته مقدمه على الإرث ... ولو ضمن رجل بشرط ألا يرجع في التركة جاز الصلح : لأن هذه كفالة بشرط براءة الأصل وهو الميت ، فتصير حوالة ، فيخلو مال الميت عن الديون فيجوز تصرفهم فيه ... وإن لم يكن مستغرقا بالدين لا ينبغي لهم أن يقسموه أو يمانحوا عنه ، وإن فعلوا ذلك جاز استحسانا . والقياس ألا يجوز لأن كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الأولوية بالصرف إلى جزء دون جزء ، فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله في ملك الورثة . ووجه الاستحسان أن الإنسان لا يخلو عن دين قليل ، فلو منع غير المستغرق تملك الوارث أدى إلى الحرج ، أو إلى ألا يملكوا أصلا ، فقلنا أنهم يملكونه دفعا للضرر عنهم إلا أنهم يرفعون من التركة قدر الدين ويترك حتى يقضى به الدين كيلا يحتاجوا إلى نقض القسمة والله أعلم » .

ونرى من هذا النص الواضح أن التركة إذا كانت غير مستغرقة بالدين ، فالقياس ألا تقسم ، لعدم تجزئة الضمان ، والاستحسان جواز قسمتها . لكيلا يضار الورثة بدين قليل على تركة موسرة ، وفي هذا بلا شك تيسير ، وجمع بين تجزئة الضمان ، والتسهيل على المالكين .

ولقد جاء في فتح المعين عن الكرخي أنه يرى أن القياس هو جواز القسمة وتخصيص جزء الدين ، وأن الاستحسان عدم الجواز : ولكن هذا غريب (٣٤) إذ ما نقل صاحب التبيين هو الأوضح .

(٣٤) فتح المعين ج ٣ ص ١٨٨ .

وإذا كانت القسمة جائزة استحساناً فإنها تنتقض إذا لم يوف الجزء المخصص للديون به ، كما تنتقض إذا هلك ، ولكن هل يؤخذ كفيلاً ليسهل الرجوع على الورثة عند إهلاك أو نقص الوفاء ؟ قال أبو حنيفة : لا يؤخذ عليهم كفيلاً • وقال صاحبان : يؤخذ ، ولقد جاء ذلك الخلاف في حاشية التبیین • ففيها ما نصه :

« في التركة دين ، وطلبوا من القاضي القسمة ، وهو يعلم وصاحب الدين غائب ، فإن كان الدين مستغرقاً لا يقسم ، لأنه لا ملك لهم ، وإن كان غير مستغرق فالقياس كذلك • وهو قول أبي حنيفة • ولكنه استحسن وقال : قلما تخلو تركة عن دين يسير ، ولا يصح أن نقف عشرة آلاف بدين عشرة • فننظر للفريقين ، ويوقف قدر الدين ، ولا يؤخذ كفيلاً بشيء من ذلك عنده ، أما عندهما فيأخذ كفيلاً (٣٥) » •

هذا صنيع الفقهاء في تيسير قاعدة عدم تجزئة الضمان ، وهو تفكير سهل نير لا مضارة فيه لأحد •

ما أتى به القانون المدني في سداد الديون والقسمة

٤٥ — هذا ما جاءت به الشريعة ، فوضعت للوصي المختار أو من يقيمه القاضي أمر التركة المستغرقة بالدين يسويها مع الدائنين ، وأما التركة غير المستغرقة ففوضت للوصي المختار أيضاً العمل على سداد الديون وتنفيذ انوصايا ، وإن لم يكن وصي فالأمر بين الورثة وهم الملاك ، وبين الدائنين وهم الذين تعلقت ديونهم بالأموال كالشأن بين دائن ومدين ، أو من تعلق الدين بمسا له ، وإن لم تكن ديون فالورثة فيما بينهم خلطاء ، الشأن بينهم كالشأن بين الخلطاء ، وكذلك كان العمل على مقتضى القانون القديم ، فلما جاء القانون الجديد جاء وقد استعار معه نظام تصفيات التركات من القانون الفرنسي وإن كانت أسس التوريث مختلفة ، لأن الملكية في قانون التوريث الإسلامي تنتقل فور الوفاة على التفصيل الذي ذكرناه انتقالاً جبرياً لا اختيار فيه للمورث ولا للوارث • أما الملكية بالتوريث في القانون الفرنسي ، فهي ملكية اختيارية لا يتكامل سبيلها إلا إذا وجد القبول من الوارث • وإن قبل الورثة تحملها بمغارمها فكانت التصفية ضرورية للوارث وللدائن معاً ، لكي

(٣٥) حاشية التبیین ج ٥ ص ٣٧٥ •

يعلم الوارث ما يملك وما يحمل . ولكي يضمن الدائن استيفاء حقوقه كاملة ،
أما في الشريعة فالمراث مغنم لا غرم فيه . فالإزام الوارث بنظام التصفية الفرنسي
مضارة به ، وإن لم تكن متعينة لتمنح صاحب الحق من حقه . فهي ظلم لا
مبرر له ، ولسنا نتعرض لما جاء في القانون المدني خاصة بالتصفية مفصلين
أحكامها ولكننا نتعرض لرؤوس الأحكام فيها .

٤٦ — وأول ما نجد أنه جعل تعيين مصف أمرا جوازا للمحكمة إذا
طلبه أحد الدائنين أو أحد الورثة . إذا لم يكن ثمة وصى مختار للمتوفى .
وأنه إذا كان ذلك الوصى المختار ، فهو المصفي ولا يعين غيره إذا اعتزل . أو
عزل ، وعند إرادة تعيين مصف يختار من يجمع الورثة على اختياره ، فإن
لم يكن إجماع فالحقاضي يعين من يراه على أن يكون من الورثة ما أمكن .

ولا شك أن تعيين مصف للتركة إذا كانت معسرة أو مستغرقة بالدين أمر
لا بد منه ولا ظلم فيه لأحد ، بل هو تمكين لصاحب الحق من حقه . وقد
اتفقت الشريعة مع القانون في ذلك ، أما إذا كانت التركة موسرة أو غير مدينة
أصلا ، فإننا لا نجد مبررا لتعيين مصف إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملجئة لذلك ،
بأن كان لا يمكن للدائن أن يستوفي دينه إلا بتعيين هذا المصفي . أو تأكد
لدى القضاء ضياع حق بعض الورثة إن لم يكن ذلك التعيين .

إن تعيين مصف وخصوصا إذا كان أجنبيا ، وفي الغالب يكون كذلك إذا
كانت الشكوى من بعض الورثة ، فيه كشف لأستار الأسرة . والأسرة مستورة
بظل الله والقانون ، حتى يكون ظلم . وتكون المضرة فيه أشد من المضرة
في الكشف ، ولذلك لا نرى التوسع في تعيين المصفين ، ثم تعيين المصفي سيتبعه
تكاليف مالية على التركة ، هي أجرة المصفي ، ومن يتبعه من الخبراء
والمحاسبين ، ولعل بعض التركة يذهب ضياعا . هذا إذا كان المصفي أمينا قادرا
أما إن كان غير قادر على ذلك فلا ترتقين إلا التبديد ، ونحن في عصر عزت
فيه الأمانة ، وقل الأمناء ، وفوق ما تقدم فإن نظام التصفية على ما
جاء في القانون المدني يقطع الورثة وهم الملاك عن أملاكهم قطعا ، حتى
أنهم ليسعدون مبددين ، ويعاقبون عقوبة المبدد للأمانة ، إن استولوا على
شيء من أعيان التركة غشا(٣٦) ، ثم إن التركة في مدة التصفيه لا يحسن

(٣٦) اقرا في هذا المسادة ٨٨٩ ، وهذا نصها : « يعاقب بعقوبة التبديد
كل من استولى غشا على شيء من مال التركة ، ولو كان وارثا ، وهذا النص غريب =

استغلالها لأن المتولى أمرها ليس مالكا ، وحسبك شهادة على ذلك الأوقاف وتصرفات نظارها ، وقد صار المصفي بحكم القانون مثلهم ، وكننا نشكو من الأوقاف بسبب سوء إدارة النظار وخيانتهم ، فشرع القانون تقسيم الأوقاف ، ليتولى كل مستحق حصته من الوقف ، ثم ألغى الوقف الأهلي ، ولكن يجيء القانون المدني فيضع التصفية ، وهي بنظارة الأوقاف أشبه ، ويقطع الورثة عن أملاكهم أمدا قد يكون طويلا ، وسيمتد طوله كلما غلبت على المصفي الخيانة ، فتغلب على الورثة شقوقتهم . ولهذا نرى على القضاء الوطني العادل وقد جعل الأمر في تعيين المصفي إليه أن يجطه في دائرة الضرورة الشديدة جدا ، حيث يتعذر على الدائن استيفاء دينه إلا بالمصفي ، ويتعذر على الوارث أخذ نصيبه إلا به ، وإن كل توسعة مهما يكن مقدارها تضر الأسرة والورثة ، وتعرض التركة للضياع ، وخصوصا أن ذلك النظام دخیل على القوانين الإسلامية المعمول بها في الموارث ، وهي تجافيه إذا كانت التركة موسرة .

٤٦ - وإذا تركنا مبدأ تعيين المصفي ، وهو أمر جوازي فوض أمره إلى القاضي الوطني الحفيظ على أستار الأسرة المصرية أن تكشف - فلنتجه إلى سلطان المصفي . إن القانون أعطى المصفي سلطة مطلقة في حدود القانون المصري في التركة ولم يجعلها مقصورة على العمل على تسديد الديون وتنفيذ الوصايا ، كما كان صنيع الشريعة بالنسبة للموصي ، وبمقدار هذه السلطة قطع الوارث عن أملاكه قطعا تاما ، حتى لا يأخذ من غلاتها ، وقد تكون كبيرة جدا إلا مقدار نفقته التي يقدرها قاضي الأمور الوقفية ، بل ليس كل وارث يستطيع أخذ هذه النفقة ، إنما يأخذها فقط كل من يعول الميت في حياته ، ولنقف وقفه قصيرة عند هذا الجزء ، فإن له صلة بما ندرس في نفقات الأقارب في الأحوال الشخصية ، لقد بينت هذه النفقة المادة - ٨٨٢ - فهذا نصها .

(أ) على المصفي أن يقوم في الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ، ونفقات مآتمه بما يناسب حالته ، وعليه أيضا أن يستصدر أمرا من قاضي الأمور الوقفية بصرف نفقة كاملة بالقدر المقبول

= في تعيينه ، على كل وارث وكل تركة ، لأن حظ الوارث قد يكون كبيرا في تركة كبيرة موسرة ، ومن المؤكد أن ذلك المقدار الذي استولى عليه قليل ، إنما كان الأفضل والأفضل أن يحتسب من نصيبه ولكنه النظام الفرنسي .

من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته ، حتى تنتهي النصفية على أن تخصص النفقة أنتى يستولى عليها كل وارث من نصيبه في الإرث .

(ب) وكل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضى الأمور الوقتية .

وترى في هذا أنه قصر حق إعطاء النفقة على من استوى شرطين :

(أحدهما) أن يكون الميت يعوله في حياته . (وثانيهما) أن يكون من ورثته .

وعلى ذلك إذا تخلف أحد الشرطين لا تجب النفقة من أتركه . فإذا كان يعوله وليس بوارث له فلا نفقة له . وذلك حق لأن النفقة واجب شخصى ينتهى بوفاة الواجب عليه ، فنفقة الأقارب واجب شخصى على اقريب المورث لقريبه المعسر عاجز ، فإذا مات انتهى ذلك الواجب ، فإذا كان له أح يعوله . والأخ ليس بوارث لوجود الابن . فمعقول ألا نؤخذ له نفقة . وكذلك إذا كانت له زوجة مسيحية وهو مسلم ولم يوص لها لا تعضى نفقة . لأنها لا ترث ، وإن كان يعولها في حياته . وإذا تخلف الشرط الأول بأن من وارثا وهو لا يعول ، كابن عم هو وأرثه فإنه لا تجب له نفقة قرابة لأن شرط نفقة اقرباه المحرمية ، وهو ليس بمحرم . وقد يكون وارثا إذا لم يكن عصبه سواء : وقد ينفرد بالإرث إذا لم يكن غيره ، وإن كان هو فقيرا معدما عاجزا عن الكسب . فإن القانون لا يوجب نفقة له . ولو كان يملك غاضل المركة كله . وقد تبلغ الأنوف . بل يستمر في مسغبة إلى ن يقضى الله امرا كان مفعولا ، فتخلص المركة بسداد ادين . وقد يكون الوارث الذى د يعوله ابنه ، وذلك لأن شرط نفقة القرابة عجز الفقير عن الكسب ، وقد يكون الابن غير عاجز عن الكسب ، ولكنه معسر ، فلا يأخذ النفقة ، مع أنه في عسر شديد ، ومالك لجزء من المركة ، بل قد يكون هو المنفرد بالإرث فيها ، ومع ذلك لا يأخذ النفقة الضرورية منها ، ففى كل هذه الصور وأشباهاها لا يأخذ الفقير الوارث نفقة من ماله ، لأن القانون اشترط لمن تجب له نفقة من ماله أن يكون الميت يعوله ، وبذلك يتأدى بنا القانون إلى منطق غريب عن الفقه الإسلامى . بل غريب عن العقل كل الغرابة ، مالك يملك أموالا بحكم الشرع والقانون ، ويعيش في مسغبة وجوع إلى أن تصفى أمواله التى قد يكون حق الدائنين المتعلق بها ضئيلا بالنسبة لمقدارها .

وإن الذى أدى إلى ذلك هو الاتباع لما عند الأوربيين ، ولو كان منطق التوريث عندهم يختلف عن منطق التوريث عندنا ، وإن الشريعة تقضى بانتقال الملكية فى الجزء الخالى من الدين إلى الورثة بمجرد الوفاة إذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين ، وهو انتقال إجبارى لا اختيار فيه ، والشرائع الأخرى تجعله انتقالا اختياريا بقبول من الورثة ، فكانت هذه المفارقة الغريبة ، وهى أن يكون لشخص ملك ولا يملك الإنفاق منه !!

٤٧ - لقد قررنا أن تعيين المصفى جوازى فى القانون ، وأنه إذا عين لا تقتصر سلطته على سبب التعيين ، بل تكون مطلقة تتناول كل شيء ، مع أنه كان يجب أن يكون السلطان بمقدار الباعث عليه ، فإذا كان الباعث شكوى الدائنين من أنهم يتعذر عليهم استيفاء ديونهم يكون السلطان بقدر ذلك ، بحيث إذا كان فى التركة نقود كافية لسداد الديون انتهت مهمته عند ذلك ، لأن التعيين كان لغرض معين ، وهو تمكين الدائن من الاستيفاء ، وقد ناله بأيسر كلفة ، ولا يسوغ له أن يبيع بعد ذلك شيئا من التركة ، ويتركها لأربابها ، يديرونها بينهم ، ويديرون أمرها بالمودة الرابطة ، ولكننا لم نجد فى القانون ما يحدد سلطة المصفى على قدر الباعث ، بل وجدنا المذكرة التفسيرية تقضى بإطلاق سلطة المصفى وعدم تقييده فقد جاء فيها :

« وإذا تقررت التصفية فإنها تكون تصفية جماعية ، ومعنى ذلك أن المصفى وحده هو الذى يمثل التركة ، فلا يجوز للدائنين اتخاذ أى إجراء إلا فى مواجهته ، ولا يجوز لأحد منهم الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة ، ولا يجوز للوارث أن يتصرف فى مال التركة قبل تصفيتها ، فترفع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ، ويمتنع اتخاذ أى إجراءات فردية ، حتى تتم التصفية ، وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين ، كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى ، وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون ، فيتحقق المبدأ القاضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى ... وبعد سداد جميع التزامات التركة من ديون ووصايا وتكاليف أخرى يقدم كل وارث إعلاما شرعيا إلى القاضى ، فيعطيه شهادة تقرير حقه فى الإرث ، وتبين مقدار نصيبه فيه ، وتحدد ما آل إليه من أموال التركة » هذا بعض ما جاء فى المذكرة التفسيرية ، وهو صريح فى إطلاق يد المصفى ومنسحب يد الورثة منعاً باتاً .

٤٨ - وترى من الفقرة الأخيرة أن سلطانه لا يقتصر على سداد الديون ،

بل يتجاوزه إلى تنفيذ الوصايا ، بل إلى القيام بمل التكاليف التى تكون على التركة كضرائب انتركات ، ولنا على هذا بضع ملاحظات :

أولها : أنه جعل سلطان المصفى للتركة مشابها فى الحكم لحال المصفى عند الإفلاس التجارى ، وأنه لكى يكون المشبه فى قوة المشبه به أو تقريبا منه حتى يمكن التشبيه ، أو يجرى القياس الفقهى — يجب أن تكون العلة فى الحكم واحدة ، وأن الإفلاس التجارى مقتضاه أن تريد التزامات التجارة عن أموالها ، فلكى تكون هذه العلة موجودة فى التركة يجب أن تكون التزاماتها أكثر من أموالها ، وذلك لا يتحقق إلا فى التركة المستغرقة بالدين . فتعميم أحكام التصفية للتركة غير المستغرقة أو التركات الموسرة التى تتسع لكل ديونها وتفيض — إعمال للحكم حيث لا تتحقق علته . ولا يوجد الباعث عليه . وكان ينبغى بمقتضى القياس الفقهى الذى تعلق به المذكرة ألا تكون السلطة عامة إلا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أو معسرة ، بحيث يظن أو يحتمل ألا تفى أعيانها بديونها .

الملاحظة الثانية : أنه جعل للمصفى سلطان تنفيذ الوصايا النافذة انتهى لا تحتاج إلى إجازة الورثة ، بل جعل له سلطان دفع التكاليف التى تكون على التركة ، وعموم اللفظ يشمل الضرائب ، وهى رسوم الأيلولة وغيرها مما وجب فى التركة قبل الوفاة ، ورسوم تختلف باختلاف الوارث واختلاف مقدار ما رث ، فالأولاد نسب منخفضة ، وللحواشى نسب مرتفعة ، وهكذا ... فكان المعقول أن تتأخر تلك التكاليف حتى تتميز حصة كل وارث على التعيين . وإذا تعيينت حصة كل وارث تكون مهمة المصفى قد انتهت ، وصار الأمر إلى الورثة ، فبأى نيابة يتولى عنهم سداد ما عليهم من ضرائب ، إن المنع بلائك هو القياس وهو الفقه ، ولعل القانون أراد أن يسهل على مصلحة الضرائب استيفاء حقوقها من التركات ، حتى لا تكون مظنة الضياع ، فاعتبرها كسائر الديون التى تكون على التركة ، وذلك نظر مالى حسن .

الملاحظة الثالثة : أن القانون لا يكتفى بإعلان الوفاة والوراثة المثبت لحق الوارث ونصيبه فى الميراث سهما شائعا غير مقدر مالياً ، وهو الإعلام الذى يصدر عن المحاكم الشرعية ، بل لابد مع هذا الإعلام من شهادة تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة .

وإن الإشهاد الشرعى وحده هو الذى يقرر حقه فى الإرث ، فكيف

يحتاج بعد ذلك إلى تقرير جديد من القاضي الوطني ، وأن تقدير مقدار الميراث بالسهم — هو بلا شك من اختصاص المحكمة الشرعية ، وأن الشهادة إن كانت لشيء فهي لبيان مقدار ما آل إليه من مال فعلى ، لأن السهم التي بينها القاضي الشرعي هي نسب مالية لا مقادير من الأموال ، وأن هذه الأموال تعرف على المتعين بعد قسمة التركة ، لذلك نرى أن هذه الشهادة مشتملة على ما ليس من اختصاص القاضي الشرعي وإن لم يكن ثمة حاجة إليها ، ولقد منع الوارث قبل الشهادة من كل تصرف في التركة ، أو أن يستوفي الديون التي له قبل غيرها ، أو يجعل مما للتركة مقاصة فيما عليه من دين لدين التركة ، ولو كان ذلك الوارث قد انفرد بالميراث والديون قد سددها المصفي ، والوصايا قد نفذت ، لأنه جعل غاية المنع من التصرف ونهايته هي الشهادة التي تعطى ، ولم يجعل غاية المنع هو سداد الدين وتنفيذ الوصايا ، ففي الفترة التي تكون بين السداد وتنفيذ الوصايا ودفع الضرائب وبين استخراج الشهادة لا يجوز له أن يبيع أى عين من التركة ، أو أن يتصرف أى تصرف فيها وهذا أمر غريب : مالك قد خلصت ملكيته ، ويمنع من التصرف فيها ولو كانت منقولا • بل الأغرب من هذا أنه لا يجوز له أن يستوفي ديونها التي هي حق خالص له إلا بعد هذه الشهادة ، ولو كانت الديون التي عليها قد سددت ، والوصايا قد نفذت ، والضرائب قد حصلت • وهذا تعقيد ليس له ما يبرره ، وكان الأولى أن تنفذ كل التصرفات بعد خلاص التركة من التزاماتها وتقديم المصفي تقريراً يتضمن ذلك ، ولا حاجة إلى هذه الشهادة •

ثم إن هذه الشهادة لا تكون إلا في التركة التي عين لها مصف ، أما التركات التي لم يعين لها مصف ، فإنها قد خلصت من هذه القيود الثقيلة ، وهذه تفرقة بين متماثلين من غير وجه لهذه التفرقة ، وقد يقول قائل : إن هذه الشهادة إنما هي لإثبات الخلاص من الالتزامات ، ولكن هذا غير ما سمي القانون فقدها سماها شهادة التوريث ، ويعنى عنها إعلام الورثة مع تقرير المصفي بخلاص التركة ، ثم كان يجب أن نعلم ولا تخص بمقتضى هذه التسمية ، وأن عدم تعيين مصف ليس دليلاً على عدم وجود الدين ، ولا تنفذ الوصايا ، فكان قانون المساواة يوجب استخراج الشهادة لكل تركة ، وقد سائرنا في هذا منطق القانون ، ونحن نرى من أول الأمر أن إشهاد الوفاة والورثة كاف ، ولا حاجة لشيء من بعده ما دام لا مطعن فيه ، لأن التقليل من الإجراءات القانونية يسهل الوصول إلى الحق ، والإكثار منها من غير داع إليها يصعبه ، إذ أن الناس ليسوا جميعاً على الإمام بدقائقها ، ومن لا يعلم قد

يخالف ، وإن خالف فتصرف دخل في عقود لها حقوق والتزامات . ثم يكون الإشكال والمنازعات : وتضيع الحقوق : وينفرج باب الخصومة . وتقطع الأسر ، ويتنابذ الناس ، وما لذلك كان القانون .

٤٩ — والقانون لم يكتف بهذه السلطة في سبيل سداد الديون وتنفيذ الوصايا ، بل أجاز للمصفي أن يقسم لأحد الورثة . وأن يعطيه نصيبه مفرزا فأجاز لكل وارث أن يطلب من المصفي أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزا ، إلا إذا كان هذا الوارث قد سبق منه اتفاق على أن يكون نصيبه شائعا . أو كان في التركة ما يمنع القانون قسمتها ، فإذا قسم له كان للورثة حق الاعتراض عليها ، ولا تصير القسمة نهائية إلا إذا قبلوها جميعا . فإن قبلوا مجتمعين تلك القسمة التي يفرضها عليهم المصفي صارت نهائية ، وإن لم يقبلوها رغب المصفي على نفقة التركة دعوى بالقسمة . أي لتكون تلك القسمة التي عجز عن فرضها عليهم اختيارا ، واجبة عليهم إجبارا . إن لم يتدارك القضاء العادل هؤلاء الورثة بعدله . وإذا لم يطلب أحد الورثة القسمة سلم المصفي الأموال شائعة إليهم ليتولوا هم قسمتها . وكنا نود أن يكون نص على أن يكون تولي المصفي للقسمة بعد طلبها بعد علم الورثة الكمال بالتركة ليكون للمالك كامل حريتهم بعد علمهم . ولكيلا يفتح الباب للظنون ، فليس المصفي ملكا كريما أنزل على الناس ليقوم بين الورثة بالقسطاس ، وما كان وارثا على عدم بدقائق التركة ، والمصفي واضع يده عليها ، وقد تولي جردها واستيفاء كل حقوقها . وآداء كل التزاماتها ، فينبغي أن يكون العلم الكامل بها سابقا للقسمة .

٥٠ — هذه بعض أحكام التصفية في القانون المدني . وقد رأيت أنه نظام مبتدئ جوازيا ، ولكنه يتسع مدى سلطانه حتى يصير عبئا على الورثة ، فإن المصفي يصير صاحب السلطان المطلق فيها ، وليس للورثة فيها شأن إلا بعد انتهاء عمله من تسديد كل ما على التركة من التزامات وتكليفات ، وإفرازها إن طلب أحد الورثة ذلك ، ثم لا تسلم الورثة إلا إذا قدموا شهادة التوريث التي نوهنا عنها ونقدنا وضعها .

والتصفية ليست قيда ثقيلا على الورثة : وحاجزا دون ملكهم فقط : بل هي فوق ذلك عبء على التركة ، فنفقاتها ونفقات الخبراء والمحاسبين والإجراءات والقسمة ، كل ذلك عبء على التركة ، وربما لا تكون في أضيق ما يمكن من الإنفاق ، وتعقيب القضاء وراءه ليس بمحيط لكل تصرفاته . واعتبر ذلك بحال نظار الأوتاف وما يرهقون به الأوتاف ، بنفقات، مما ضجت به الشكوى

من أصوات المستحقين ، وأشكت الحكومة هؤلاء الشكاة ، فأجازت قسمة النظر كما ذكرنا . بحيث يكون كل واحد ناظرا على حصته ، ثم ألغت الوقف الأهلي . ونذك نكرر الرجاء - والتصفية اختيارية - أن يضيق دائرتها قضاؤنا العادل ، فنتجه إليها حيث تتعين . ولا يكون طريق سواها ، وعند الله جزاء العادلين .

٥١ - هذا ، وإن للمحكمة عند تقرير التصفية أن تتخذ الاحتياطات اللازمة على وجه الاستعجال للمحافظة على التركة إذا طلب ذلك أحد ذوى الشأن من الدائنين ، أو الموصى لهم أو الورثة ، أو من النيابة العامة إذا لم يكن قد عرف للميت وارث ، أو عرف ولكنه غائب في مكان بعيد ، أو غير معلوم المكن ، وللمحكمة أن تقوم بهذه الاحتياطات من غير طلب أحد ، فإن الاحتياط للأموال التي لا حافظ لها من أصحابها من الحسبة العامة انتنى تقوم بها جهة الاختصاص من تلقاء نفسها ، والمحكمة هي الناظرة في مصالح الناس في دائرتها .

وإن اتخاذه هذه الاحتياطات بطلب أو من غير طلب واجب على المحكمة وليس بحق جوازي لها ، فإن ذلك لحفظ المال من الضياع إلى أن يتسلمه مالكه أو من له ولاية عليه ، ولو كانت ولاية مؤقتة ، ويلاحظ أن ذلك الاحتياط إنما هو للمحافظة إلى أن يتولى أمر المال المصفى .

٥٢ - ويلاحظ أنه قسمة قبل تمام التصفية إلا إذا كانت الديون مؤجلة ولم يجمع الورثة على حلولها ، فإن التركة تقسم محملة بهذه الديون المؤجلة مع تقديم الضمانات الموثقة لحقوق الدائنين ، فإن كل حصة في هذه تكون محملة بدينها المؤجل ، ولكل صاحب حصة من الورثة أن يخلص حصته بالتعجيل بأداء دينه .

وهنا نجد أن الشريعة كانت مسهلة بالنسبة للتركات غير المستغرقة أكثر من انقانون . فإنها أجازت القسمة بإطلاق على أن يخصص جزء من التركة لأداء الدين . ثم يقسم الباقي بين الورثة قسمة قابلة للنقض إلى أن يستوفى الدائنون ديونهم . أما القانون فقد جاوز القسمة فقط في حال ما إذا كانت على التركة ديون مؤجلة . ولم يجمع الورثة على تعجيلها ، وظاهر العموم في عبارة القانون أن يشمل التركات المعسرة . والتركات الموسرة بالنسبة لجواز التقسيم إذا كانت الديون مؤجلة . وإن ذلك بلا شك توسعة أكثر من المذهب الحنفى الذى لا يجيز تقسيم التركات المستغرقة بالدين ، لعدم ملكية الورثة لها .

التصرف في التركة

٥٣ - عُدنا عند الكلام في ملكية الورثة لنترك أن هناك نظريتين متقابلتين : اعتنق كل واحدة منها فريق من الفقهاء (إحداهما) أن الملكية تنتقل إلى الورثة من وقت الوفاة . ولو كانت التركة مستغرقة بالدين ، وهذه نظرية الشافعية والحنابلة على المشهور من روايات مذهبهم : و (الثانية) أن الملكية تنتقل إلى الورثة في الجزء غير المشغول بحاجة الميت ، أما المشغول بحاجته فإنه يستمر على ملكية الميت . أو حكم مكتبته . فإن كانت التركة مستغرقة بالدين لا تنتقل ملكيتها إلى الورثة ، لأنها كلها مشغولة بحاجته . وإن كانت غير مستغرقة فإنه ينتقل إلى منك الورثة بمجرد الوفاة الجزء غير المشغول بحاجته ، فتكون ملكية الورثة فيما بعد الدين . وهذه نظرية الحنفية وإليها يميل المالكية .

كان الظاهر أن يتبع الملكية على أنه ثمة لها - حرية التصرف . فكان ينبغي على مقتضى هذا الظاهر أن تجوز التصرفات عند الذين حكموا بانتقال الملكية ، ولكن لأرائهم في العقود ، لا في التركة - قيدوا حرية التصرف . ولذلك لم يكن جواز التصرفات مقررا عند الشافعية تبعاً لهذه الملكية . وليتبين الموضوع نقول :

٥٤ - إنه على مذهب الحنفية الذين قرروا أن الملكية تنتقل في غير المشغول بحاجة الميت أي بالدين - قرروا أنه في حال استغراق التركة بالدين لا يجوز أي تصرف من الورثة في التركة إلا في إحدى أحوال ثلاث :

(أولاها) أن يطلب إليهم القاضي بيع التركة أو بعضها لسداد الدين ، وفي هذه الحال يكون بيعهم جائزاً نافذاً لأن القاضي أقامهم مصفين للتركة ، وبهذا الوصف ساغ البيع ونفذ .

(ثانيها) أن يرتضى الدائنون تسوية الأمر بينهم وبين الورثة : ويرتضوا أن يقوم الورثة بالعمل على البيع وسداد الدين ، ويتفقوا معهم على أوقات البيع ، والأسعار المناسبة ، أو يفوضوا أمر السداد إليهم ثقة بهم : وفي هذه الحالة يسوغ تصرفهم ، لأن المنع كان لحق الدائنين ، وقد ارتضوا بتصرفهم - أو ارتضوا بتصرف بعضهم ، لأن لهم خلافة عن الميت . وإن كانت خلافة ناقصة لم تثبت ملكية لاستغراق التركة بالدين ، وتعلق حقوق الدائنين بها .

(نأنتها) أن يستخلصوا التركة إما بسداد الدين ، وليس للدائنين اختيار في قبول ذلك السداد . وإما بتقديم كفيال يرضاه الدائنون فتثبت في ذمته . ويكون ذلك الضمان تبرعا ، أى بأن يبرىء الضامن الميت من الدين ؛ وإما بأن يضمن الورثة مجتمعين الدين ، ويرتضى الدائنون ضمانهم ، وتنتقل الديون إلى ذمهم . وإما بأن يضمن أحدهم السداد متبرعا ، ففى كل هذه الأحوال تستخلص التركة . ويكون للورثة حق التصرف ، ولو كانت مستغرقة بالدين . وبالأولى تجوز القسمة والصلح . وكل تصرفات الملاك فى أملاكهم .

هذه هى الأحوال التى يجوز فيها تصرف الورثة فى التركة المستغرقة بالدين وفى غير هذه الأحوال لا يجوز عند الحنفية أى تصرف فيها لأنه لا ملكية لهم ولا إنابة من الميت ، ولا من القاضى . والخلافة ناقصة .

٥٥ - وإذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين . بأن كان الدين لا يحيط بها . فإن الملكية نثبت لهم عند الحنفية فيما وراء الدين ، وعلى ذلك تثبت إشرنه بينهم وبين المتوفى ؛ فعلى حكم ملكه لا يؤدى منه الدين . والباقى على ملك الورثة . ولقد قررنا أنه فى هذه الحال يجوز القسمة استحسانا على أن يخصص للدين قدر يكفيه ؛ فإذا كانت التركة قد قسمت على الوضع فإن تصرف كل وارث فى حصته فى عينها أو منافعها يجوز ، إلا أن التصرف فى عينها ببيع أو هبة أو نحوهما يكون قابلا للنقض إذا نقضت القسمة ، إما لأن الجزء المخصص للدين لم يكفه ، وإما لهلاكه ، وإما لظهور دين جديد لم يكن معروفا . ففى هذه الأحوال ينقض التصرف لنقض القسمة . وهى أحوال نادرة الوجود . ولذلك يمنع التصرف لأجلها ، ولا تغير بأحد ؛ لأن التغير إنما يكون حيث يتوقع النقض ويكثر ، ولم يكن نقض القسمة متوقعا ، لأن هذه الأمور لم تكن متوقعة لندرقتها .

٥٦ - هذا هو حكم التصرف إذا كانت التركة مدينة بدين غير محيط بها ، وكان التصرف بعد تمام القسمة ، أما إذا كان التصرف قبل تمام القسمة وتخصيص جزء للدين يكفى لسداده ، فلهذا حالان (إحداهما) أن يكون بيع شىء معين ، (والثانية) أن يكون بيع حصة شائعة فى التركة كلها ، بأن تكون التركة ضيعة فيبيع حصة شائعة فيها ، أو يبيع حصة شائعة من شىء معين منها لا يتجاوز نصيبه فيه .

فإن كان البيع شيئا معينا من التركة قبل القسمة ، ففى هذه الحال يكون

البيع بيع شيء يتعلق به حق الدائنين ، ولغيره من الورثة ملكية فيه : فهو قد باع ما يملك مع ما لا يملك ، وما يتعلق به حق الغير : ولذلك لا ينفذ تصرفه في حق غيره ، ومن المقرر في أحكام الشركة في الملك أن أحد الشركاء ينفذ تصرفه في حصته ، وبتوقف في حصة غيره : وهنا شركة ملك وتعلق حق الغير ، ولذلك قالوا أن ذلك البيع لا ينفذ في غير حصته ولا يلزم الدائنين ، وإن ارتضى الدائنون التصرف هم وسائر الورثة نفذ في جميع العين .

ولو انفرد الوارث بالإرث . وباع شيئاً معيناً وفي الباقي سداد لدين فإن البيع ينفذ . ولا يصح نقضه ويجوز التصرف : وينفذ أيضاً إذا كان لسداد الدين بأمر القاضي ، لأنه في هذه الحال يكون مقاماً من القضاء لتسديد التزامات التركة ، ومثل ذلك إذا كان الوارث البائع هو الوصي المختار من قبل الميت : فإنه يجوز بيعه شيئاً معيناً لسداد الدين وتنفيذ الوصايا .

هذا كله إذا كان انتصرف في جزء معين من التركة ، أما إذا كان البيع لحصة شائعة ، فيختلف الحكم إذا كان لسداد الديون : أو لحسابه الخاص فإن كان البيع لسداد الديون . ولم يكن هناك وصي ولا شخص عينه القاضي لتنفيذ التزامات التركة ، فإن البيع يكون صحيحاً في حصته من الدين ، لأن من حقه أن يخلص نصيبه ولو شائعاً من الدين ، فينفذ البيع فيملا يقابل حصته ، ولا بد أن يكون ذلك الغرض واضحاً ، إما باتفاقه مع الدائنين على ذلك وإما بتسديد ذلك الجزء من الدين بالفعل : ومثل ذلك الحكم لو كان للتركة وصي ولكنه كان غائباً (٣٧) . أما البيع والوصي مقيم حاضر فإنه لا ينفذ . لأن ولاية البيع للوصي بما له من خلافة على الميت في ذلك .

وإذا كان بيع الوارث حصة شائعة من التركة لحسابه ، لا لسداد الديون فإنه يجوز إذا كانت تلك الحصة التي باعها لا تتجاوز حصته التي يستحقها بعد سداد الديون : وحينئذ يكون البيع نافذاً ، لأنه باع ما يملك شائعاً ، وله بيعين ملك شائع إذا كان الدين غير محيط بالتركة على ما بينا . ومن المقرر في أحكام شركة الملك أن من يبيع حصته الشائعة يكون بيعه نافذاً ما دام لا يتجاوز حصته ، ولقد صرح بهذا الجواز جامع الفصوليين . فقد جاء فيه أن للوارث أن يأكل من التركة ، إذا كان في الباقي وفاء للدين ولا وارث

(٣٧) جامع الفصوليين ج ٢ ص ٣٧ .

مسواه ، وجاء فيه أنه لو باع للوارث الكبير شيئاً من التركة ليس للوصى نقضه إذا كان في يده شيء غير ذلك يستطيع أن يبيعه وينفذ منه دينه وينفذ وصاياه (٣٨) •

وهذا بلا شك تطبيق دقيق لحكم الشركة التي تعلق بها حق الغير ، وفي هذا الكتاب ما يفيد أن البيع حق ولو كان معيناً يجوز إذا كان من الورثة مجتمعين ، أو كان الوارث المنفرد بالإرث إذا تركوا جزءاً يفي بالدين • وقد نوهدنا إلى ذلك في الكلام في حكم المعين •

٥٧ - هذا هو حكم التصرف في المذهب الحنفى ، وهو يستقيم مع أقيسته وهو تطبيق لنظريته • أما المذهب المالكى الذى يساير المذهب الحنفى في نظريته أو يقاربه ، فقد قالوا فيه في التركة المستغرقة المشهور استغراقها ، أو المعلوم للورثة دينها أنه لا تجوز قسمتها ، ولا يجوز التصرف فيها بالتألى • وأما التركة غير المستغرقة بالدين فإن رأى فيها عندهم مختلف ، فعند بعضهم القسمة لا تجوز حتى يسدد الدين ، وبالأولى التصرف لا يجوز إلا بعد ذلك لصريح الآية الكريمة « من بعد وصية يوصى بها أو دين » فحق الورثة متأخر عن سداد الدين ولأن حق الميت براءة ذمته ، وقد مضى إلى ربه ، فأصبح الحق ليس حق الدائنين فقط ، بل لله فيه حق ، وهو براءة ذمة ذلك الذى مضى إليه •

وبعضهم أجاز القسمة ، وأجاز التصرف إذا كان في الباقي من التركة ما يكفى لسداد الدين ولبراءة الذمة ، وذلك لأن تقديم الدين على الورثة إنما هو لحق الغرماء ، فإذا حفظ من التركة ما يضمن الوفاء بحقهم فقسمة ما وراء ذلك جائزة والتصرف فيه سائغ •

هذا كله إذا كانت الديون معلومة للورثة ومعروفة ، أما إذا لم تكن معروفة للورثة ولا مشهورة ، فإن القسمة جائزة والتصرف جائز ، ولكن الورثة

(٣٨) الكتاب المذكور ص ٢٢ . هذا ، وقد جاءت فروع كثيرة في الهدية والقبلة وغيرها يبدو منها بآدى الرأى أن بين الأحكام فيها وفي غيرها تضارباً ، ولكن لو فهمت النظرية الحنفية التى وضحناها فيها دقيقاً لتبين التوافق أو لتبين أن بعض الكتاب يعبر عن العقد الموقوف بعدم الجواز ، وذلك كثير جداً في كتب الحنفية ، أو لتبين أن في الكلام قيداً ملاحظاً في الكلام وإن لم يصرح به •

يكونون ضامنين للديون عند ظهورها ، ولا يتبعون المشترين لعدم علمهم بحال المبيع ، وقد جاء في المدونة ما نصه :

« أرأيت إن باع الورثة تركة الميت . فأكلوها ، أو استهلكوها ، ثم قدم قوم فأقاموا البينة على دين لهم على الميت . قال مالك إن كان الرجل الميت معروفا بالدين ، وبأدار الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه واقتسموه : وأكلوه كان للغرماء أن يأخذوا مال الميت حيثما وجدوه ، ولا يجوز بيع الورثة . واتبع الذين اشتروا انورثة . وإن كان ثرجل لا يعرف بالدين ، فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم لتبع الغرماء الورثة . ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل . ولا يأخذون من انذين اشتروا ما في أيديهم » (٣٩) .

٥٨ - هذا هو حكم التصرف عند أصحاب النظرية الأولى ، وهي نظرية الحنفية والمالكية ، ولنتنقل بعد ذلك إلى حكم التصرف عند أصحاب النظرية الأخرى وهي نظرية الشافعية وأكثر الحنابلة . ولقد وجدنا الحنابلة الذين قائلوا بانتقال الملكية إلى الورثة بمجرد الوفاة . ولو كانت التركة مستغرقة يجيزون قسمتها والتصرف فيها . ولكن الحق يستمر متعلقا بها ، أى يتتبعها أينما كان مالها ، ويكون للدائنين الحق في أحد أمرين . إما استيفاء ديونهم من الورثة ، وإما نقض التصرف الذى نقلها إلى غيرهم ، وبيعها بأمر القاضى في سداد الدين ، فإن قضى الوارث الدين فليس للدائن وراء ذلك حق ، وإن لم يقضه طلب الوارث نقض البيع ، وبيعت العين في الدين . وبعض الحنابلة انذين قالوا إن الدين يمنع الملكية حتى يوفى اعتبروا كل تصرف قبل سدادها فاسدا .

٥٩ - هذا هو حكم التصرف عند الحنابلة ، أما الشافعية وهم الذين حملوا لواء النظرية وقرروا انتقال الملكية المستغرقة بالديون إلى الورثة . فقد منعه بالتصرف فيها بناء على قاعدة مقررة عندهم . وهى أن العين التى تعلق بها حق الغير لا يجوز التصرف فيها ، فلا يجوز بيع العين المرهونة قبل

(٣٩) المدونة ج ١٣ ص ٥٩ طبع الساسى وقد نهج القانون الدنى مثل ذلك المنهج ، فانه ذكر أن على المصفى أن يوجه تكليفنا علينا لمدنى التركة ودائنيها أن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق ، وبما عليهم من ديون ، وذلك في خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة ، فإذا صفت التركة بعد ذلك ، وظهر دائنون بعد ذلك لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ، ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة لا يجوز لهم أن يثبتوا على كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال ، وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرانهم بغير حق - مادة ٨٨٦ ، ٨٩٧ .

فكك الرهن . وعلى ذلك فالتصرف لا يجوز إلا إذا كان لأجل سداد الدين ، فبيع الوارث حساب نفسه لا يجوز ، ولكن بيعه لسداد الدين يجوز ، ثم منع التصرف إنما هو لحق الشارع وحق الدائن ، ولذلك لا يسوغ البيع ولو ذن الدائن . إلا إذا أبرأ المدين من الدين .

وهذا سواء أكانت الديون محيطة بالتركة أم لم تكن محيطة بها ، ولكن ذكر بعض الشافعية جواز التصرف من الوارث بمقدار حصته في التركة غير المستغرقة بعد سداد ديونها . وهذا معقول في ذاته ومنطقي مع مذهب الشافعية الذي يجيز تجزئة الضمان في الحقوق المتعلقة بالتركة .

٦٠ - هذا هو حكم الشريعة على اختلاف مذاهبها في التصرف في التركة قبل سداد ديون . سواء أكان قبل القسمة أم كان بعدها ، ولننظر بعد ذلك في حكم القانون المدني .

نقد تعرض القانون المدني للتصرف في اشركات في موضعين . في تصفية اشركات . وفي اعدام انبيوع . وأحد النصين مانع . والآخر مسوغ ، ولنبين موضوع خاص فلا نعرض . ولا شبهة تعارض ، فأما النص المانع فهو بيع أي شيء من التركة قبل شهادة التوريث ، فقد جاء في المادة ٨٨٤ « لا يجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها في المادة ٩٠١ أن يتصرف في مال التركة » .

وهذا النص موضوعه التصرف في شيء معين من التركة وخاص بالتركات التي عين لها مصف كما نوهنا ، وأما النص المسوغ فهو ما نصت عليه المواد — ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ — فقد ذكرت هذه المواد أن من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يكون ملزماً أمام المشتري إلا بثبوت وراثته ، وهذا البيع لا يسرى في حق غيره إلا إذا اتخذت الإجراءات الواجبة لنقل كل حق فيها ، فإذا كان في التركة عقار لا يسرى البيع في حق الغير إلا بعد شهره بالتسجيل ، ولا تنتقل الملكية فيه إلى المشتري إلا بذلك أيضاً ، ويدخل في بيع التركة ديونها التي تكون لها قبل غيره . فإن كان البائع قد استوفى بعضها أعطاه المشتري ثم يكون البائع منصبا على التركة بما لها من حقوق وما عليها من التزامات ، فيكون على المشتري أداء ما عليها من ديون ، فإن كان البائع قد وفى بعضها أو كلها رجع بما وفى على المشتري .

وظاهر من هذه الخلاصة أن موضوع البيع هو التركة بمغانمها ومغارمها سواء أكان المبيع التركة كلها أم كان المبيع بعضاً شائعاً فيها . فإذا كان الوارث مستحقاً للتركة كلها وباعها على هذا الوضع : أو باع الوارثه مجتمعين التركة كلها على هذا الوضع فالمبيع سائغ ، وكذلك إذا كان البيع من بعض الورثة ، وباع أسهمه من الميراث ، كزوج يبيع الربع أو النصف يكون بيعه جائزاً . أو يطل المشتري محله فيأخذ ما كان يستحقه صافياً .

هذا الحكم عام يشمل ما إذا كان المشتري من انورثه . وما إذا كان المشتري أجنبياً ، ويكون أجنبياً حتمه إذا كان المشتري يشتري التركة كلها ، أما إذا كان يشتري بعضاً شائعاً فيها ؟ فإنه يحتمل ان يكون أجنبياً ، ويحتمل أن يكون من الورثة ، وإذا كان المشتري أجنبياً فإن لباقي الورثة حق الاسترداد ، وإن كان من الورثة فإن الوارث المشتري يضرب بسهامه في التركة وسهام من اشترى منه ، وإن كان باقى الورثة الذين اشترىوا سهام الوارث انذى يبيع ، فهذا هو الذى يسميه الفقهاء التفرج . وله أحكام وحدود سنبينها عند الكلام عليه في موضعه من أحكام الموارث .

٦١ - وقبل أن نترك الكلام في بيع التركات الذى جاء في النكسانون تشير إلى أن القانون أجاز بيع التركة بما لها من ديون . وقد ذكرنا أنه إذا كان البائع قد استوفى شيئاً منها أعطاه لمشتري . وبيع الدين لغير من عليه الدين جائز في القانون ، وأساسه هو جواز حوالة الحق . بأن يطلب بالحق من لم يكن صاحبه في الأصل ، وبيع الدين لغير من عليه الدين لا يجوز في المذهب الحنفى . وحوالة الحق لا تجوز . لأن تمليك الدين لغير من عليه الدين لا يجوز ، ولكن صرح فقهاء في المذهب الحنبلى بجواز ذلك . وتحايل بعض فقهاء الحنفية على تجويزه ، ونريد أن نستطرد فنبين جواز ذلك ، كما جاء في المذهب الحنبلى . وكما تحايل فقهاء الحنفية لجوازها .

لقد بين ابن تيمية جواز تحويل الدين لغير من عليه الدين ، وبين أنه معاونه على الاستيفاء ، وعل ذلك بأنه لم يرد نص عام ولا نص خاص يمنع ذلك ، ولأن حوالة الحقوق من جنس المعاونة على استيفاء الحقوق . ولذلك ذكر النبى صلى الله عليه وسلم الحوالة في معرض الوفاة فقل في الحديث : « مطل المغنى ظلم ، وإذا اتبع أحدكم على ملىء فليتبع » .

أما المذهب الحنفى فممع أن أقيسته الفقهية لا تتسع لقبول حوالة الحقوق

فقد تحايّنوا لتجويّزها - ذلك بأن فتّهماء امتازوا بأنقدرة على استخراج المخرج الفقهيّة إذا ضيّقت عليهم الأقيسة أبواب الفتوى ، وقد وجدوا لحوالة الحقوق مخرجا - وأغنى بها بعضهم ، ولذلك جاء في البدائع جوازها - واعتبروها توكيلا بقبض الدين • وهذا نص قوله :

وأما بيع اديون من غير من هي عليه ، والشراء بها من غير من هي عليه • فينظر إن أضاف البيع والشراء إلى الدين لم يجز : بأن يقول لغيره : بعت منك الدين أندي في ذمة فلان بكذا ، أو يقول : اشتريت منك هذا الشيء بالدين الذي في ذمة فلان بكذا • أو يقول اشتريت منك هذا الدين الذي في ذمة فلان • وذلك لا يجوز لأن ما في ذمة فلان غير مقدور التسليم في حقه • وأنقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد على ما مر ، بخلاف البيع والشراء ممن عليه الدين ، وإن لم يصف العقد إلى اندين الذي عليه جاز ، ولو اشترى شيئا بثمن دين ولم يصف العقد إلى الدين حتى جاز ثم أحال البائع على غريمه بدینه الذي له عليه جازت الحوالة سواء كان اندين الذي أحيل به ديناً يجوز بيعه قبل القبض • أم لا يجوز كالسلم ونحوه ، وذكر الضحاوي أنه لا تجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض ، وهذا غير سديد ، لأن هذا توكيل بقبض الدين ، فإن المحال له يصير بمنزلة الوكيل لنمحيل بقبض دينه من المحال له ، والتوكيل بقبض الدين جائز أى دين كان ، ويكون قبض الوكيل كقبض موكله^(٢٠) •

ونرى من هذا أن بيع الدين سائغ جائز في المذهب الحنفي والحنبلي ، وما جاء في القانون المدني في هذا المقام غير بعيد عن الفقه الاسلامي والله أعلم •

(٢٠) البدائع الجزء الخامس ص ١٨٢ ، واحمد بن حنبل للمؤلف ص ٢٨٠ في باب القياس الجلى •

القسم الثانى

أحكام الموارث

٦٢ - المستحقون للتركة :

قلنا أن أول شيء يتعلق بالتركة بعد الوفاة هو تجهيز الميت وتكفينه هو ومن كان يجب تجهيزه وتكفينه إذا مات قبله ، ولم يكن قد جهز وكفن - كابنه إذا مات قبله ، وقبل أن يدفن مات الأب : وكالزوجة إذا ماتت قبل زوجها ، فإذا مات قبل تجهيزها جهزت من ماله أخذا برأى أبى حنيفة وأبى يوسف ، وهو الرأى المشهور في المذهب - وهو أن تجهيز الزوجة وتكفينها على زوجها موصرة كانت أو معسرة ، لأن نفقتها كانت واجبة عليه ، والتجهيز تبع لها •

وبعد التجهيز والتكفين تسدد الديون انتهى للعبد كما بينا • ويبدأ من الأعيان التي تعلقت بها الديون قبل الوفاة بسداد هذه الديون منها : وما بقى فمساثر الديون : ويبدأ على مقتضى أحكام المذهب الحنفى بديون النسخة ، وهى الديون التى ثبتت في حال الصحة : بأى طريق من طريق الإتيان • والديون التى ثبتت في حال المرض بغير الإقرار • وديون المرض هى الديون التى ثبتت في حال المرض بطريق الإقرار وحده • وبعد سداد ديون الصحة تؤدى ديون المرض ، فإن كان الباقي لا يكفيها أدت الديون بالمخاصة ، أى بنسبة بعضها لبعض ، وهكذا •

وبعد سداد الديون بأنواعها إن بقى شيء تنفذ منه الوصايا التى لا تزيد على ثلث التركة ، ومنها الوصية الواجبة ، وسنشرح في هذا الكتاب طريق استخراجها •

وبعد ذلك يكون الباقي من التركة للورثة ، ومن في حكم الورثة ، كالقتر له بنسب فيه تحميل النسب على الغير وببيت المال •

٦٣ - وعند رتب القانون بين المستحقين في المادة الرابعة^(١) منه ،
 حدس انه يؤدي من التركة أولا ما يكفي للتجهيز والتكفين له ، ولان كان
 يعوله في حياته . ثم تسدد الديون . ولم يفصل طريق سدادها ، وقد ترك
 ذلك إلى ما اشتمل عليه المذهب الحنفي . وما جاء خاصا بالتركات من أحكام
 انقنون 'أدنى . وقد بينا ما في كليهما في القسم الأول . وهو الخاص بأحكام
 التركات العامة ، مع الموازنة بين المذاهب في ذلك ، ثم بينا انه يلي سداد
 انديون تنفيذ الوصايا التي تخرج من الثلث ، وطرق أستخراجها لم يتعرض
 لها قانون الميراث . وتركها لقانون الوصية . وسنتكلم عن الجزء الذي يجب
 بيانه في الميراث عند بيان حلول المسائل التي تكون فيها وصايا ومواريث .

ولقد دحر القانون انه يلي الوصية النافذة من غير حاجة إلى اجازة أحد
 حق انورثة سواء أكانوا أصحاب فروض ، أم كانوا عصبه أم كانوا ذوى
 أرحام . وسواء أكانت العصبه نسبية . أم سببية . وهي التي يكون سببها
 ولاء العتاقة . على ما سنبين في أسباب الميراث ، بيد أن القانون آخر ولاء
 اعتتاقة في الميراث على الرد على الزوجين ، وجعل الرد على الزوجين بعد
 ذوى الأرحام . وهو ليس من مذهب الحنفية ، أما الرد على ذوى الفروض
 غير الزوجين . فهو مقدم على ذوى الأرحام ، وسنبين ذلك عند الكلام في الرد .

٦٤ - وإذا لم يكن ثمة وارث ، فإن التركة تكون لمن يأتي :

(أ) المقر نه بنسب فيه تحميل النسب على غيره ، كمن يقر لشخص بأنه
 أخوه أو عمه . أو ابن ابنه ، أو ابن بنته ، ولم يثبت ذلك بدليل آخر غير
 الإقرار ، فإنه لا يعد وارثا له ، ما دام هناك وارث سواء ، ولو كان أحد
 الزوجين ، وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، لا تتجاوز إلى غيره
 ومن أقر لشخص بأنه أخوه ، فقد تضمن إقراره ادعاء بنوته من أبيه
 فلا يثبت بذلك الإقرار النسب ، ولكن يلزم المقر ما يكون في دائرة حقوقه ،

(١) هذا نص المادة الرابعة : (يؤدي من التركة بحسب الترتيب الآتي :
 أولا - ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن . ثانيا - ديون
 الميت . ثالثا - ما أوصى به في الحد الذي تنفذ فيه الوصية . وبوزع ما بقي بعد
 ذلك على الورثة . فإذا لم يوجد ورثة قضى في التركة بالترتيب الآتي : أولا -
 استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره . ثانيا - ما أوصى به فيها زاد على الحد
 الذي تنفذ فيه الوصية . فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها
 إلى الخزانة العامة) .

وواجباته ، فيشاركه في الميراث إن لم يكن وارث سواء . وتجب . هـ . ثقبته
إذا كان من أقر له فقيرا عاجزا عن التكسب .

والإقرار بالنسب الذي يكون فيه تحميل النسب على غيره يكون في
الإقرار بغير الأبوة المباشرة والبنوة المباشرة . أما بالإقرار بهما . فإنه لا يكون
فيه تحميل النسب على غيره ، فمن أقر لشخص بأنه ابنه واستوفى الإقرار شروط
صحته . فإنه يكون ابنه : ويشارك في الميراث سائر أبنائه . ومن أقر لشخص
بأنه أبوه : واستوفى شروط صحة الإقرار عامة . والإقرار بالنسبة خاصة . فإن
الإقرار يكون صحيحا ، ويرث منه . ويشارك أولاد المقر بنصيبه معهم إن كان
للمقر أولاد .

والقانون قد جعل المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره بعدد
أنوارئين الثابتة أسباب ميراثهم ثبوتا لا شك فيه ، ولم يجعله من ضمن الورثة ،
بل جعله من المستحقين للتركة بغير الميراث . وذلك لإن إقراره . وإن لم يثبت
انقراية المسوغة للميراث — قد بين إرادته في أن يكون هذا وارثا له .
فتنفذ إرادته : بيد أنه إذا استحق . فإنما يستحق بسبب ذلك الإقرار . وأغنى
ما كان يؤدي إليه الإقرار لو أعمل أن يكون أخا أو عمه . فإذا استحق شيئا ،
فيلاحظ أنه يشترط في استحقاقه ما كان يشترط في الأخ والعم ونحوهما . ولذلك
لا يستحق إذا اختلف الدين ، وبعبارة عامة إذا قام مانع من موانع الإرث ،
ولذا جاء في المذكرة التفسيرية ما نصه :

« والمقر له بالنسب (أى الذى فيه تحميل على الغير) غير وارث ، لأن
الإرث يعتمد ثبوت النسب . وهو غير ثابت بالإقرار . غير أن الفقهاء اجروا
عليه حكم الوارث في بعض الأحوال : لتقديره على الموصى له بما زاد
على الثلث بالنسبة للزائد : ولاعتباره خلفا عن المورث في الملك ، فله أن
يرد بالغيب . ولأنه عن الإرث بأى مانع من موانعه .

وإن ميراث المقر له بنسب فيه تحميل على غير المقر لم يذكر فقط في
المادة ٤ بل ذكر في المادة ٢١ ، واشترط لاستحقاقه مع اشروط السابقة
ألا يكون معروف النسب ، فإذا أقر لشخص بأنه أخوه ، وكان المقر له ذا أب
معروف بنسبته إليه ، فإنه لا يستحق شيئا ، لأن شرط الأخذ بالإقرار ألا يقوم
الدليل على كذبه ، ولا شك أنه إذا كان للمقر له أب وقد أقر المقر بأنه

تخوه نسقته أو إيميه ، فإن ذلك يكون دليلا على كذب الإقرار ، ولو أخذ به
سَنَ في ذلك أخذ بالدليل الأضعف المثبت . في مقابل الدليل الأقوى النافي لما
بنته الإقرار .

وكذلك 'شترط لاستحقاقه في التركة ألا يرجع المقر عن إقراره ، لأنه إن
رجع في إقراره يكون قد كذب نفسه من غير أن يثبت قوله الأول حقا في النسب
تتمقر له . لأن استحقاقه في التركة — الأساس فيه تنفيذ إرادة الميت المقر في
إنحاقه بقرباته ، وإعطاؤه ما يأخذه من درجته من ذوى قرباه ، وإذا رجع
في إقراره تكون هذه الإرادة غير موجودة . فلا يستحق شيئا ، لزوال سبب
الاستحقاق(٤٢) .

ويلاحظ أنه إن ثبتت الأخوة أو العمومة بحجة تامة يثبت النسب ، ويكون
استحقاقه بوصف كونه أخا صحيح النسب ، فيأخذ نصيبه في درجته من
القرباة . لا بعد ذوى الأرحام ، والرد على الزوجين كما هو مبين في توزيع
التركة . وكما سنشرحه .

(٤٢) نريد في هذا المقام أن ننبه إلى أمرين : (أحدهما) أن الإقرار بالبنوة
غير المباشرة . وقد قررنا أن يكون فيه تحصيل النسب على الغير ، ولكن جاء في الدر
المختار أن ذلك مقيد بما إذا كان أبو المقر له موجودا ، أي أنه مقيد بكون المتوسط
حيا . فإذا كان ميتا . فليس فيه تحصيل نسب على غيره ، ويظهر من سبب هذا التقيد
أن مثل ذلك الإقرار بالابوة غير المباشرة .

(ثانيهما) أن إقرار الورثة لغيرهم باستحقاق الميراث معهم معتبر ، سواء أكان
الإقرار منهم جميعا . أم كان من بعضهم ، غير أنه إذا كان الإقرار منهم جميعا يلزمهم
جميعا . فلو كانوا ثلاثة أبناء ، وأقروا برابع كان الميراث بينهم هم الأربعة ، وإن كان
المقر بعضهم الزم من أقر بإقراره ، فإذا كانوا ثلاثة ، وأقر واحد منهم بابن رابع ،
شاركه في نصيبه هو ولم يشارك سائر الأبناء ، فيكون نصيب المقر بينه وبين المقر له
ما لم يكن عدد من أقر بيينة قد أثبتت النسب ، فإنه إن كان المقررون عددا وكانوا
عدولا يتكون منهم نصاب الشهادة كان ذلك الإقرار شهادة أي حجة تامة تلزم الكافة
وثبت النسب ، وتجيء الورثة تبعاً لذلك ، وعلى ذلك يشارك الجميع ، وإذا كان المقر
غير عدل ، أو لم يتكون نصاب الشهادة ، وهو رجلان أو رجل وامرأتان ، فإن المقر
له يشارك المقر في استحقاقه دون سواء ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر دون غيره .
ويستخلص من هذا أنه حيث كان الإقرار مثبتا للنسب يثبت الميراث ، ويلزم
به الكل ولو كان المقر هو البعض ، ويكون ذلك إذا وجد نصاب الشهادة وشرطها ،
وهو العدالة ، وإذا لم يكن الإقرار مثبتا للنسب فإن الميراث يثبت على الجميع إن
كانوا مقرين . وعلى من أقر فقط ، إن كان بعضهم أقر .

٦٥ - (ب) والمرتبة الثانية من المستحقين للتركة من غير الورثة . الموصى له بأكثر من ثلث المال في الجزء الزائد : لأن ذلك الزائد إنما امتنع أخذه لحق الورثة ، وليس ثمة ورثة فيستحق كل الموصى به : وذلك بإجماع الأئمة الأربعة ، فلا خلاف بينهم في أنه إذا لم يكن وارث تكون الوصية بأكثر من الثلث نافذة إذ التقيد بالثلث إنما هو لحق الورثة . باتفاقهم أجمعين ، وموضع اختلافهم هو في الوصية بأكثر من الثلث عند وجود انوارث . فالحنفية والحنابلة يقررون أن الوصية تكون صحيحة . ويتوقف نفاذها في الجزء الزائد على الثلث على إجازة الورثة ، وبذلك أخذ قانون الوصية ، فتم يعتبر الوصية بأكثر من الثلث باطلة ، وإنما جعل للورثة إبطالها ، وقال الشافعية وبعض المالكية : إن الوصية بأكثر من الثلث عند وجود الوارث باطلة في الزائد عن الثلث ، فإن أجاز الورثة الزيادة تعتبر إجازتهم تبرعا مبتدأ . ويستند إليهم التبرع ، ويشترط فيه ما يشترط في انتباعات المبتدأة ، ولا يعتبر إمضاء لعمل الموصى مضافا إليه ، على أنه صادر عنه .

ولقد ذكر بعض فقهاء الحنفية أن الموصى له القاتل يعقب الموصى له بأكثر من الثلث ، أي أنه إذا لم يكن موصى له بأكثر من الثلث . أو كان وأخذ الزيادة وبقي بعدها من التركة فضل مال . فإنه يكون للموصى له القاتل هكذا نقل صاحب السراجية عن بعض الفقهاء ، ولكنه رجح أن الوصية للقاتل تكون غير صحيحة في ذاتها ، كما هو رواية عن أبي حنيفة .

والحق أن الرواية المشهورة عن أبي حنيفة ومحمد تقفها على إجازة الورثة . وعند أبي يوسف أنها تولد باطلة . ولكن الذي عليه الفرضيون أن الموصى له إن قتل الموصى ، وليس له ورثة لا يستحق شيئا . إما لأن الوصية متوقفة على إجازة الورثة ، فإن لم يكن ورثة فليس لها مجيز فتبطل . ككل تصرف موقوف ليس له مجيز . وليست كالوصية بأكثر من الثلث ، لأن الوصية بأكثر من الثلث صحيحة ، ولكن للورثة الاعتراض عليها وعدم تنفيذها لحقهم . بخلاف الوصية للقاتل فإنها تكون من أول الأمر موقوفة على إجازتهم ، لأن لهم العفو عن القاتل باعتبارهم أولياء الدم ، فبالأولى لهم إجازة ان تصرف المالى له ، وهذا عند من يقول : أنها تتوقف على إجازتهم .

وإما لأن القاتل يبطلها كما هو رأى أبي يوسف ، وبذلك أخذ قانون الوصية فليس للموصى له القاتل شيء من التركة ، بمقتضى هذا القانون وبمقتضى مشهور أحكام الفقهاء في المواريث .

٦٦ - (ج) والمرتبة الثالثة من المستحقين من غير الورثة - بيت المال - وهو القسم الخاص بأموال الضوائع من أقسام بيت المال - فالتركة تذهب إلى بيت المال إذا لم يكن ورثة ، على أنها من الضوائع التي لا يعرف لها مالك ، لا على أن بيت المال وارث ، وهذا ما تفيده عبارة القانون بترتيبها للمستحقين وبصريح العبارة ، وقد أخذ هذا الحكم من المذهب الحنفى ، فعبارة كتبه صريحة في هذا كما جاء في أقسام بيوت المال ، وكما جاء توزيع التركات . ولذلك يأخذ تركة المسلم والذمى على سواء من غير تفرقة ، ويصرف في مصارف بيت مال الضوائع ، وإذا كان ميراثا ما أخذ تركة أهل الذمة ، لأن بيت مال المسلمين ما فيه هو لجماعة المسلمين فلو كان ما يأخذه ميراثا ما ساع لبيت المال أن يأخذه إذا وضع بيت المال يده على التركة فهي استيلاء على مال ضائع ، فإذا أقام شخص الدليل على ملكيته له بأن أقام الدليل على أنه الوارث دون سواه ، لا يعد المال ضائعا ، بل يكون عليه تسليمه له ، ومثله في ذلك مثل من التفتت شيئا فعرف عنه ، ثم وجد من ادعى ملكيته ، وأقام الأمارات المثبتة فإنه يجب عليه أن يسلمه له .

٦٧ - هذا ، وقبل أن نترك الكلام في المستحقين للتركة من غير الورثة - ننبه إلى أمور أربعة :

أحدها - أن الموصى له بأكثر من الثلث وبيت المال لا يشترط فيهما ما يشترط في الورثة ، كالقصر له بالنسب من حيث اتحاد الدين ، لأن الوصية تصح مع اختلاف الدين ، وبيت المال كما هو مقرر في الفقه الحنفى وقانون الميراث لا يستحق بمقتضى كونه وارثا - بل باعتبار التركة من الضوائع .

ثانيها - أن إعطاء المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره هو رأى الحنفية والشافعية لا يعطونه ، لأنه إما أن يثبت النسب فيأخذ بمقتضى قرابته ويثبت نسبه بحجة تامة تلزم الكافة ، وإما ألا يثبت النسب بهذا الإقرار ، والنسب هو السبب الموجب للاستحقاق ، فإذا لم يتحقق ، فلا يوجد السبب ، وحجة الحنفية ما ذكرنا من أن إعطاءه ، إنما هو لتنفيذ إرادة الميت ، لا للاستحقاق بالنسب الموجب للميراث إذا لم تكن وصية .

ثالثها - أن الفقهاء اختلفوا في بيت المال ، يأخذ بعد أصحاب الفروض وقبل الرد أم بعد ذوى الأرحام ، ثم ما نوع استحقاقه أهو ميراث أم على أنه مال لا ملك له ، كما اختار القانون .

أما بالنسبة لمرتبة استحقاقه : فقد قال الحنفية والحنابلة وبعض المالكية أن مرتبته هي بعد ذوى الأرحام على خلاف الحنفية مع غيرهم بشأن المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره ، وقال الشافعية أن بيت المال إذا كان القائم عليه عدلا يقدم على الرد . أى أنه لا رد على أصحاب الفروض . ولا ميراث لذوى الأرحام ، وإن كان انتائم عليه غير عدل فإن المال يرد على أصحاب الفروض ، وسنبين ذلك في موضعه . وذلك كله إذا لم تكن ثمة وصية وإلا فهي مقدمة عليه على ما بينا .

وأما الخلاف في نوع استحقاق بيت المال ، فالحنفية والحنابلة وبعض المالكية قالوا : إنه لا يعتبر وارثا . وإنما يأخذ التركة على أنها مال ضائع . كما بينا ، وبعض الشافعية يعتبرون ما أخذ به بيت المال على أنه وارث . لأن جماعة المسلمين يستحقون في مال من يموت من غير وارث . كما يعقلون عن جنائية من لا عاقلة له ، فهذه الصلة الرابطة فما أوجبت الحق أوجبت الميراث . وقد بينا حجة الأولين فيما مضى : وما أخذ به القانون ، والاختلاف في هذا المقام نظري . أثره في العمل قليل .

رابعها — أن المستأمن إذا لم يكن له وارث في دار الإسلام ، وكان له وارث في دار الحرب ، لا يملك بيت المال ماله ، لأنه ليس مالا ضائعا . بل له مالك في دار الحرب ، وله احترام ، لأن من كان واضع اليد عليه ليده حرمة بعقد الأمان الذي عقده واستأمن به ، فهو لا يحفظ لاحترام ملكية المقيمين بدار الحرب ، بل لاحترام الأمان الذي عقده . ولذلك إذا أوصى بكل ماله لشخص في دار الإسلام أعطى ذلك الموصى له كل المال من غير نظر إلى حقوق الورثة ، لأن الأمان الذي عقده هو الذي أوجب صيانة ماله . وبموجب الأمان تنفذ إرادته في ماله^(٢٣) .

الورثة وأسبابها وترتيبها

٦٨ — ذكرنا المستحقين للتركة من غير الورثة ، وهنا نذكر الورثة . وأسباب الورثة عند جمهور الفقهاء ثلاثة : الزوجية ، والقربة ، والولاء^(٢٤)

(٢٣) راجع شرح السراجية وحاشيته ص ٥٨ .
(٢٤) الولاء صلة تربط الشخص بغيره . فنجعله في بعض الأحكام كقاربه . وهو ليس من أقاربه ، والولاء قسمان مختلفان . فرق بينهما سببه . ولقاء العناقة وولاء =

والأمران الأولان مجمع عليهما في الفقه الإسلامي ، والأخير مختلف فيه بنوعيه وإن كان الاختلاف في ولاء العتاقة يسيرا ، لأنه لم يخالف فيه إلا الإباضية (٤٥) وأما ولاء الموالاة ، فالجمهور على عدم اعتباره سببا من أسباب التوريث لأن الإرث لا يكون بالاتفاق والخلق ، وإنما ذلك أمر جاهلي نسخ الإسلام ولم يعتبر ولاء الموالاة سببا من أسباب الإرث إلا الحنفية . وحجتهم قوله تعالى : « ولكل جعلنا موالى مما ترك النوالدان والأقربون والذين عقدت أيمانكم » فإن هذا الكلام المحكم يفيد أن العقد يوجب الميراث كالقربة ، والعمل الآن على رأى جمهور الفقهاء الذين قرروا أن ولاء الموالاة ليس سببا من أسباب التوريث . لأن قانون الميراث لم يذكره بين الورثة . ولا بين الذين يستحقون التركة أو بعضها من غير الورثة .

الموالاة . فوالاء العتاقة صلة الشخص وعصبته بعبد اعتقه ، فإن تلك الصلة تسمى ولاء العتاقة ، أى الولاء الذى سببه العتق ، وهذه الصلة من آثارها أن المعتق وعصبته الذكور يرثون المعتق إذا لم يكن له وارث آخر بمقتضى قانون الإرث ، وكانت مرتبتهم قبل القانون أنهم يرثون بعد العصبة النسبية ، وقبل الرد وذوى الأرحام ، وذلك عند جمهور الفقهاء .

ولواء الموالاة عقد بين عربى وأعجمى أسلم ، على أن يعقل العربى عن الأعجمى إذا جنى ، أى يدفع الدية . ويرثه إذا مات من غير وارث مطلقا ، وقد اشترط الحنفية للتوريث بمقتضى هذا العقد . أن يكون العاتقان لهما ولاية العقد بأن يكون كلاهما بالغا عاقلا حرا لأنه عقد يشترط له ما يشترط للعقد النافذة ، كما يشترط فى المولى ألا يكون عربيا . ولا عتقا لعربى لأن ولاءه يكون له ، ويرثه عند الحنفية ولية العربى ، ويشترط ألا يكون له اقارب مستحقون لميراثه كله ، فإن كانوا مستحقين بعضه كاحد الزوجين عند الحنفية فإن الباقي يكون للمولى العربى أى المولى الأعلى ، ثم لعصبته بأنفسهم من بعده كمولى الموالاة .

(٤٥) الإباضية فرقة من فرق الخوارج ، وهى فرقة معتدلة ، ولذلك بقى ناس منها إلى اليوم . وقد قالوا أن الميراث لا يثبت بولاء العتاقة لانه لا قرابة بينه وبين المعتق ، ولا دليل صح فى نظرهم يوجب الوراثة ، والميراث عندهم للزوجين وذوى القرابة ، فإن لم يكن له قرابة قط ورثه أهل جنسه من المسلمين ، فإن كان عربيا ورثه العرب . وإن كان فارسيا استحق منه الفرس ، وإن كان مصريا استحق ماله المصريون ، وإن كان له معتق من جنسه استحق ماله بسبب الجنسية التى قواها إعتاقه له . فإذا كان المعتق زنجيا والعتيق مثله ولا وارث له من قرابته فإنه يستحق وحده الميراث . ويشترط لوراثة الجنس ألا تكون زوجية ولا قرابة ولا وصية ، ولقد قال من الإباضية قتالة الجمهور أبو صالح الدهان : فجعل للمعتق حقا بعد الوصية كجمهور الفقهاء .

وإنما كانت تلك الأمور الثلاثة هي أسباب الورثة . لأن الورثة خلافة عن الميت . كما هو مقرر شرعا ، وهذه الخلافة إنما تكون لمن تعتبر حياته امتدادا لحياته ، ولن كان يؤثره بالمودة في القربى . ولن كان يشركهم في حياتهم ويشاركونه في حياته ، وأولئك هم قرابته الأذنون : ومن يليهم وزوجه ، ومن أجرى الله سبحانه وتعالى على يديه نعمة الحرية له . وهو مولاه الذي أعتقه وقرابته : فإذا لم تكن له تلك القرابة القريبة أو البعيدة ، فلمن أراد أن يكون ماله له ، إما لفصل إيثاره بمعاونة عاونه غيبها أو لصدقة يتغى بها وجه الله . فإن لم يكن من أراد أن يخلفه في ماله خلفه في ماله جماعته التي استظل بظلها ، والتي يعتبر وجودها حياة له ، وهم أهل دينه وملتته ، ولذلك كان بيت مال المسلمين وارث من لا وارث له عند من يقول أنه يأخذه باعتباره وارثا ، وقد قلنا أنه لا يأخذ بهذا الاعتبار عند أكثر الفقهاء . وهو انذى اختاره قانون الميراث .

٦٩ — والشارع وإن كان قد اعتبر الزوجية والقرابة والولاء أسبابا للتوريث لم يجعلها رتبة واحدة بل جعل القرابة مراتب مختلفة . واعتبر الولاء في ضمنها ، وأقربها مقدم على غيره ، ويعتبر له حاجبا بسبب تقدم مرتبة من يليه ، وهكذا .

كما لم يجعل الشارع الإسلامى نظام التوريث واحدا . بل جعله على قسمين : أحدهما توريث بالفرض وتقدير ، ويستحقه الذين لهم أنصبة مقدرة بالنصف أو الثلثين أو الثلث أو السدس أو الربع أو الثمن ، وأولئك اثنا عشر وهم الأب . والأم ، والزوجان ، والإخوة ، والأخوات لأم ، والأخوات الشقيقات والأخوات لأب ، والبنات ، وبنات الابن ، والجد الصحيح ، وهو الذى لا يتوسط بينه وبين الميت أنى ، والجدة الصحيحة ، وهى التى لا يتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح كأم الأم ، وأم الأب ، وهؤلاء يسمون أصحاب الفروض ، لأن أنصبتهم مفروضة مقدرة .

والقسم الثانى : ميراث غير مقدر بتقدير الشارع بالنصف أو الثلث أو الثلثين أو السدس أو الربع أو الثمن ، بل تقديره نسبي وهو أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، وينفرد الواحد فيه بالاستحقاق أحيانا ، وهذا يكون في أمرين :

أولهما — ميراث العصابات ، وهم الأقارب الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت

أنثى إذا كانوا ذكورا - أو إنثا كن ذوات غرض ، ولم يأخذن غرضهن لوجود ذكر عصبية كان في طبقتهم أو في حكم من يكون في طبقتهم فعصبهن ، أو قمن مقام الذكر بدليل من أدلة الشرع . وهذا هو إثراثة بالتعصيب النسبى •

والأمر الثانى - هو توريث ذوى الأرحام وهم الأقارب الذين ليسوا عصبية ولا من ذوى الفروض كالعمات والأخوال وبنات الأخ وأبناء الأخ • فإن ميراثهم كميراث العصبات ، إن لم يكن من هو أولى منهم من العصبات والأقارب أصحاب الفروض •

٧٠ - هذان هما الطريقتان الأصلان للتوريث ، إما فرض مقسوم ، وإما أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهناك طريق ثالث وهو طريق إضافى تبعى . وليس بأصلى ، وهو طريق الرد ، وذلك يكون إذا كان هناك أصحاب فروض ، وليس هناك عصبية . وأصحاب الفروض لا تستغرق أنصبتهم المقدرة أنثرة كلها ، أى أن الكسور المقدرة لا تكمل واحدا صحيحا كأن يكون هناك أم ، وأخت شقيقة ، فإن الأم تأخذ الثلث والأخت تأخذ النصف ، فلا يكمل الواحد الصحيح • بل يبقى منه وهو السدس ، فإنه في هذه الحال يرد على أصحاب الفروض بنسبة سهاهم ، فيرد على الأم والأخت بنسبة اثنين إلى ثلاثة •

وأصحاب الفروض ليسوا سواء في الرد ، فالزوجان من أصحاب الفروض لا يرد على أحدهما إلا إذا لم يكن هناك صاحب فرض آخر ، ولم يكن أحد من ذوى الأرحام ، أما غير الزوجين ، فيرد عليه إذا لم تكمل الأنصبة الواحد الصحيح . ولم يكن عصبية يأخذ الباقي ، فالرد على الزوجين مقدم على ذوى الأرحام ، والرد على أحد الزوجين مؤخر عن ذوى الأرحام ، ولذلك بيان بالتفصيل في موضعه من الدراسة •

٧١ - والآن نجعل طريقة توزيع التركة بين الورثة ومن يليهم من غير الورثة انذين ذكرناهم :

أولا - يعطى أصحاب الفروض فروضهم المقدرة •

ثانيا - ما بقى من أصحاب الفروض يكون لأقرب العصبات وأولاهم للذكر مثل حظ الأنثيين •

ثالثا — إذا لم يكن عصبه ولم تستغرق أنصبه أصحاب الفروض التركة يرد على أصحاب الفروض غير الزوجين •

رابعا — ذوو الأرحام على ترتيب درجاتهم ، وذلك إذا لم يكن أصحاب فروض ولا عصبه من الأقارب ، فإن كان أحد الزوجين استحقوا ما بقى بعد أخذ فرضه ، وما يكون لذوى الأرحام يأخذه أولاهم به . للذكر مثل حظ الأنثيين •

خامسا — إذا لم يكن أحد من أصحاب الفروض الأقارب : ولا أحد من ذوى الأرحام ، وكان أحد الزوجين فإنه في هذه الحال يرد على أحد الزوجين باقى التركة •

سادسا — إذا لم يكن للميت أحد من أقاربه ، ونم يترك من بعده أحد الزوجين ، وكان عتيقا ، فإن ميراثه يكون لمعتقه ، فإن كان معتقه قد مات فإن ميراثه يكون لعصبه معتقه من الذكور فقط الأقرب فالأقرب ويسمى هذا التوريث بولاء العتاقة أو العصبية السببية •

وهذا الترتيب هو ترتيب قانون الميراث • وهو يخالف ترتيب الفقهاء وما كان معمولا به من قبل ، وسنبين ذلك وسند القانون في موضعه من دراستنا إن شاء الله تعالى •

وهذا كله هو الترتيب بين الورثة : فإن لم يكن أحد من هؤلاء على قيد الحياة انتقل استحقاق التركة إلى غير الورثة • وهم الثلاثة الذين ذكرناهم آنفا ، وهذا ترتيبهم بالنسبة لغيرهم •

سابعا — المقرر بهنسب فيه تحميل النسب على غيره بالشروط التي ذكرناها •

ثامنا — الموصى له بأكثر من الثلث بالنسبة للزيادة أى أنه يأخذ الجزء الزائد •

تاسعا — بيت المال باعتباره مالكا لكل مال لا مالك له •

شروط التوريث

٧٢ — ذكرنا أن القرابة الزوجية والولاء أسباب للميراث ، ولكن السبب لا ينتج عنه أثره إلا إذا تحققت شروطه وانتفت موانعه . ولذلك لابد لتحقيق الإرث بالأسباب السابقة من شروط ، وفي ضمن بيانها نتبين موانع الإرث •

وشروط ثبوت الإرث ثلاثة :

أولها - موت المورث حقيقة . أو حكما ، وموته حقيقة معروف ، وموته حكما يكون بحكم انقاضي بموته . وذلك في حال المفقود الذي لا تعلم حياته ولا موته ويغلب على ظن القاضي موته بامارات تدل على ذلك . وإن لم تكن قطعة . أو تصلح حجة في الإثبات أو بموت أقرانه^(٤٦) .

ثانيها - تحقق حياة الوارث بعد المورث ، فإن لم تتحقق تلك الحياة على وجه اليقين بعد وفاة المورث لا يرث . وتتحقق تلك الحياة في الحمل بولادته كله حيا في المواقيت التي حددها القانون على ما سنين في باب توريث الحمل^(٤٧) .

ويترتب على ذلك الشرط أمران :

أولهما - أن المفقود لا يرث من يموت ممن تقوم بينه وبينه أسباب الوراثة إذا مات بعد فقده ، وقبل الحكم بموته إذا حكم ، لأن حياة المفقود في ذلك الوقت غير محققة . نعم إنها مفروضة بمقتضى الأصل : لأنه ترك أهله حيا ، فتكون الحياة هي الأصل ولكنها حياة غير محققة ، وإن كانت مفروضة .

ثانيهما - أن من يموتون في وقت واحد . أو لا يعلم السابق بالموت منهم ، ولم يقد دليل على ذلك لا توارث بينهم . وذلك كالغرقى والهدمى والحرقي ، أي الذين يموتون غرقا ، أو يموتون بانهار بناء عليهم ، أو يحرقون ، فإذا مات أب وابنه في حريق فلا توارث بينهما ، وميراثهما معا لورثتهما ، كل لورثته ، وإذا غرق زوجان ولا يعلم أيهما سبق إليه الموت ، فلا توارث بينهما ، وميراث كل واحد منهما لورثته ، وإذا انهار منزل على أسرة بينها أسباب التوريث فلا توارث بينهم .

وهذا الحكم يعم من ماتوا في حادث واحد ، أو ماتوا في حوادث متعددة إذا لم يعلم السابق . فحيث لا يعلم السابق ، ولا دليل على تحقق حياة الوارث

(٤٦) بينت هذا الشرط المادة رقم ١ - ونصها : « يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتا بحكم القاضي » .

(٤٧) بينت هذا الشرط المادة رقم ٢ - ونصها : « يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا » .

بعد وفاة المورث فإنه لا توارث ، لأن العلة في منع التوارث هي عدم تحقق حياة الوارث بعد وفاة المورث . وحيث ثبتت العلة ثبت المنع (٤٨) .

٧٣ - الشرط الثالث : ألا يوجد مانع من موانع الإرث ، لأن السبب لا يعمل عمله إلا إذا تحقق شرطه ، وانتفى ما يمنعه . وموانع الإرث التي ذكرها القانون ثلاثة :

أولها - القتل العدوان المقصود . سواء كان القاتل فاعلا أصليا منفردا ، أم كان شريكا . أم كان متسببا ، ولو كان شاهد زور أدت شهادته إلى انحكم بالإعدام ونفذ ، ويدخل في القتل بالمشاركة الدال والمريض . والربيئة وهو من يراقب المكان في أثناء مباشرة القتل .

ويشترط في القتل المانع من الميراث (١) أن يكون القتل اعتداء مقصودا كما نوهنا . فإذا كان قصاصا أو لإقامة حد أو غير ذلك من أنواع القتل العادل فإنه لا يكون مانعا من موانع الميراث ، لأن المنع عقوبة ، والعقوبة لا تكون في فعل مباح (٢) وأن يكون القاتل من أهل المسؤولية اجنائية . فإذا كان صغيرا لم يبلغ الخامسة عشرة أو كان مجنونا أو معتوها . أو كان في حال غيبوبة ناشئة عن عقاقير أيا كان نوعها إذا أخذها مضطرا إليها أو عن غير علم بها فلا يمنع (٣) وألا يكون القتل في حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال (٤) وألا يكون معذورا في هذا القتل ، ويعتبر معذورا إذا غابا زوجته في حال زنى فقتلها هي والزاني ، وإذا كان القتل نتيجة تجاوز حد الدفاع الشرعي ، بأن كان يمكنه أن يدفع عن نفسه بما دون القتل ، ولكنه تجاوز الحد (٤٩) .

(٤٨) بينت حكم هذه الحال المادة رقم - ٣ - ونصها : « إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر ، سواء أكان موتهما في حادث واحد أم لا » .

(٤٩) أحكام القتل المانع من الميراث هي ما اشتملت عليه المادة الخامسة من القانون ونصها :

« من موانع الإرث قتل المورث عمدا ، سواء أكان القاتل فاعلا أصليا ، أم شريكا ، أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عذر ، وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الإعدام تجاوز حق الدفاع الشرعي » .

٧٤ - المانع الثانى من موانع الميراث اختلاف الدين ، وذلك خاص بميراث المسلمين ، فالمسلم لا يرث غير المسلم ، وغير المسلم لا يرث المسلم ، فإذا كان مسلم قد تزوج مسيحية أو يهودية ، ومات أحدهما فلا توارث بينهما • فلا يرثها إذا ماتت ، ولا ترثه إذا مات قبلها ، ولكن لكل واحد منهما أن يوصى لصاحبه وتنفذ الوصية من غير حاجة إلى أجازة الورثة إذا كانت لا تزيد على الثلث على ما هو مبين فى أحكام الوصايا ، وذلك لأن الوصايا لا يشترط فيها اتحاد الدين ، فالمسلم أن يوصى لغير المسلم ، وتصح وصية غير المسلم للمسلم • هذا بالنسبة للمسلمين مع غيرهم ، أما غير المسلمين فإنهم يتوارثون ، وإن اختلفت دياناتهم ، فالمسيحى يرث اليهودى ، واليهودى يرث المسيحى ، وهكذا (٥٠) •

٧٥ - والمانع الثالث هو اختلاف الدارين ، واختلاف الدارين لا يمنع التوارث بين المسلمين ، ولا بين رعايا الدول الإسلامية ، ولو كانوا غير مسلمين فالمسلم يرث المسلم ، ولو كان أحدهما تحت سلطان دولة غير إسلامية ، لأن انولاية الإسلامية تعم المسلمين جميعا بحكم الإسلام ، ولو كانوا تحت ظلال دولة أخرى ، والمسلمون جميعا مهما تختلف دولهم وتتباين أصقاعهم يعدون دولة واحدة ، وعلى ذلك لو كان مسيحى تحت سلطان دولة إسلامية ومات مسيحى آخر تحت سلطان دولة إسلامية أخرى فإنهما يتوارثان ، ولا عبرة باختلاف الملك والحوزة ما دامت الدولتان من الإسلام •

وإنما يعد اختلاف الدار مانعا من الميراث إذا كان التوارث بين غير مسلمين وكان أحدهما تحت ظل دولة غير إسلامية ، فإذا مات مسيحى فى مصر وله ورثة فى إنجلترا أو أمريكا ، فإنهم لا يرثونه لاختلاف الدار ، ولكن القانون قيد اختلاف الدار فى جعله مانعا من موانع الإرث بقيد عادل ، وهو أن تكون شريعة الدولة الأجنبية تمنع توريث الأجنبى عنها ، فإذا كانت شريعة تلك الدولة لا تمنع توريث الأجنبى عنها ، فإن اختلاف الدار لا يعتبر مانعا ، وعلى ذلك إذا مات يهودى فى مصر ، وله ورثة ينتمون إلى دولة أجنبية لا تمنع شريعته ميراث الأجنبى فإن هؤلاء الورثة يرثون مورثهم المصرى •

(٥٠) بينت أحكام اختلاف الدين واختلاف الدار المسادة رقم ٦ ونصها :
« لا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض ، واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ، ولا يمنع بين غير المسلمين ، إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبى عنها » .

دراسة فقهية مقارنة لشروط التوريث وموانعه

٧٦ - ما تقدم من الكلام في شروط التوريث وموانعه هو شرح وتخصيص لما جاء به قانون الميراث ، ولكي يكون الباحث على بينة لأبد من تفصيل لأقوال الفقهاء ، فإن ذلك بيان للمصدر الذي أخذ عنه القانون : إذ يبين ما أخذه وما ترك فيكون المطبق له على علم بما يرجع إليه من أقوال الفقهاء وما يدع ، ولنتكلم في هذه الأمور .

٧٧ - موت المورث وحياة الوارث :

اتفق الفقهاء على هاتين الحقيقتين وهما :

١ - أن موت المورث وحياة الوارث بعد الموت أو وقت الموت على الأقل هي الأساس للميراث . لأن الميراث خلافة حي لميت في ماله .

٢ - وأن الموت الحكمي الذي يكون بحكم القاضي كالوفاة الحقيقية في الميراث ويكون ذلك في حال المفقود إذا حكم القاضي بموته ، بناء على أمور أوجبت أن يظن موته ، ولا يحكم بموته قبل ذلك ، إلا إذا ثبت بدليل لا شبهة فيه ولا يكون حينئذ مفقوداً^(١) .

قد اتفق الفقهاء على هاتين الحقيقتين ، واعتبرا الحمل حياً إذا ولدته أمه حياً وثبت أنها كانت حاملاً به وقت وفاة المتوفى ، لأن ولادته حياً دليل

(٥١) عند نظر قانون الميراث بمجلس النواب وجدت فكرة لدى فريق من أعضاء لجنته الشرعية كان من رايه جواز إسناد الوفاة إلى تاريخ سابق على الحكم إن وجد القاضي بين يديه ما يبرر ذلك ، وفي هذه الحال لا تكون الوفاة من تاريخ الحكم ، بل تكون الوفاة من التاريخ الذي أسنده الحكم إليه ، وإن ذلك يترك إلى تقدير القاضي الشرعي الذي يترك لتقديره ما هو أخطر من ذلك ، ولكن لم يؤخذ بذلك الرأي في اللجنة ولا في المجلس .

والحق أن حكم القاضي بوفاة المفقود الذي لا تعلم حياته أو موته هو إنهاء لحال قد طال أمدها ، ولم يعرف الأمر فيها فجعل للقاضي الحق في الحكم بالوفاة عند غلبة ظن الوفاة مقيداً بقيود تجعل الوفاة احتمالاً قريباً ، والحكم وحده هو الذي يجعل لهذا الاحتمال قوة تسير عليها الأحكام ، وعلى ذلك لا يصح أن تسند الوفاة إلى ما قبله ، أما إذا قام على الوفاة دليل يصلح لإثبات الوفاة في زمن معلوم ، فإنه في هذه الحال لا يكون مفقوداً وتثبت الوفاة من الوقت الذي يبينه الدليل ، لا بالمظن والأمارات لزوال معنى النقص .

على سريان الحياة وقت الوفاة ، فإن ولدته ميتا على ما هو مبين في باب الحمل لم يعتبر حيا وقت وفاة المتوفى ، لأن الميراث شرطه الولادة حيا ، لكى يعتبر كائنا منفصلا عن أمه وهى حامل به ، فإذا ولدته ميتا لم يتحقق شرط الميراث ، فلا ينظر في وقت وفاة المورث إلا على أنه كان جزءا من أمه ، ولذلك بيـان عند الكلام في ميراث الحمل •

هذا كله موضع اتفاق بين الفقهاء ، وقد اختلفوا :

(١) في المفقود أيعتبر حيا قبل الحكم ، حتى يرث ممن يموت قبل الحكم بموته هو ، أم لا يرث ممن يموت في هذه الفترة •

(٢) واختلفوا في الجنين إذا سقط بجناية ، أيعتبر حيا وقت وفاة المورث فيرث أم يسرى اعتباره جزءا من أمه ، فلا يرث •

(٣) واختلفوا فيمن يموتون من غير أن يعلم السابق منهما ألا يتوارثون ، كما بينا في حكم القانون • أم يتوارثون • وكيف يكون التوارث ؟

(٤) واختلفوا في المرتد أيعتبر ميتا حكما أم لا . يعتبر ، ومن أى وقت يعتبر وتورث أمواله •

هذه مسائل مختلف فيها ، قد بينا ما اختاره قانون الميراث في بعضها ، ونبين أقوال الفقهاء الذين كان الاختيار من أقوالهم •

٧٨ - أما المسألة الأولى : وهى مسألة المفقود الذى حكم بموته ، فإن الحنفية والمالكية يرون أن الموت يكون من وقت حكم القاضى ، ولكن حياته قبل ذلك لا تثبت له حقوقا لم تكن ، فلا يرث فيمن يموت وقتها ، لأن حكم القاضى هو السبب ، فسرى من وقتها ، وحياته قبل ذلك ثابتة بمقتضى استصحاب الحال واستصحاب الحال يصلح حجة لبقاء الحقوق الثابتة ، ولا يصلح حجة لإثبات حقوق غير ثابتة ، وقال الحنابلة والشافعية أن المفقود يرث من يموت في حال فقدده ، وقبل الحكم بموته ، وذلك لأن حياته قد فرضت قائمة ثابتة ، وما دامت مفروضة فإنه يثبت له كل الحقوق التى توجبها الحياة •

وأصل الخلاف في هذه المسألة هو الخلاف في استصحاب الحال ،

فالحنفية يقصرونه على إبقاء الحقوق الثابتة . ولا يأتى بحقوق لم تكن ثابتة فهو يمنع انتقال ملكية المقتود إلى ورثته . ولكن لا يثبت منته المقتود في مال غيره . أما الحنابلة والشافعية فيقولون : إن استصحاب الحال يثبت انحقوق كلها من غير تفرقة .

٧٩ - وأما المسألة الثانية : وهى مسألة انجنين الذى يسقط بجنابة . فإنه إن سقط حيا فقد استوفى أسباب شروط التوريث . كما ذكرنا لأنه في هذه الحال قد تحقق الشرط ، إذ أنه بولادته حيا يثبت أنه كان حيا في بطن أمه . ولا يعتبر جزءا منها ، أما إذا نزل ميتا فكان مقتضى اقواعد التي أسرنا إليها ألا يرث ، لأن نزوله ميتا يرجح اعتبار كونه جزءا من أمه فلا يرث . وليس نزوله بجنابة جعل المسألة تأخذ حكما آخر . لأن الجنابة أوجب عقوبة عليه تسمى غرة ، وهى تساوى نصف عشر الدية . وقد اتفق الفقهاء على وجوبها . ولكنهم اختلفوا فيما يأخذها . فرأى الحنفية أنها تكون للجنين . وتورث عنه كما يورث عنه كل ما كان يمكنه ، وعلى ذلك يفرض حيا مائكا . إذ تملك عنه . وعلى ذلك يكون الواجب فرض أنه كان حيا وقت وفاة المورث ننسيقا للأحكام إذ لا يصح أن يفرض له أمران متناقضان ، فيفرض أنه حيا مستقل منفصل . ولذلك يملك عنه . إذ ملك الغرة . وملكته عنه بالميراث ، ويفرض أنه جزء من الأم لا يملك الميراث ، وبهذا المنطق أخذ الحنفية . فاعتبروه حيا من وقت الوفاة ، وتصير الأحكام على نسق واحد عندهم ، وكان ذلك هو المعمول به من قبل قانون الميراث .

والأئمة مالك والشافعي وأحمد رأوا أن الغرة تكون للجنين ، وتورث عنه ، ولكنهم قرروا أنه لا يورث عنه سواها ، ولا يرث شيئا مطلقا ، وبذلك قصرُوا انحكم على موضعه . فجعلوا استحقاقه للملك مقصورا على الغرة لا يتجاوزها ، ولم يعمموا القياس ، كما عمم أبو حنيفة وأصحابه .

وقال ربيعة بن عبد الرحمن : والليث بن سعد أنه لا يملك الغرة ، وإنما تملكها أمه ، إذ الجنابة على جزء منها ، فالجنابة على سنها أو أصبعها فالجريمة عليها وحدها ، والجزء لها وحدها .

وقال ابن هرمز من شيوخ الإمام مالك رضى الله عنهما إنما يملك الغرة أبوه وأمه إن كانا على قيد الحياة ، وتكون بينهما للرجل ضعف الأم ، وإن

كانت الأم وحدها هي التي على قيد الحياة فهي لها ، وقد نظر في هذا إلى أن الوند ثمرة الأبوين . بل إنه منسوب لأبيه : فكانت الجريمة واقعة عندهما إن كان الأب موجودا ، وعلى الأم وحدها . إن كانت هي الموجودة ، وإذا كانت أجنبية عليهما فالتعويض يكون لهما .

وغنن الميراث قد خالف المذهب الحنفى ، ولم يعتبر الجنين الساقط بجنه إذا نزل ميتا مستحقا للميراث ، بل اعتبر الشرط تحقق حياة الوارث وقت وفه المورث ، ولا ميراث للحمل إلا إذا ولد حيا .

وعنى ذلك لا يكون فى القانون حياة تقديرية قط ، إنما المذهب الحنفى هو الذى يقرر ان انحياء تكون تقديرية ، كحياة الجنين الذى أنزل من بطن أمه بجنائية .

٨٠ - والمسألة الثالثة : هي مسألة الغرقى والهدمى والحرقى ، وغيرهم ممن يموتون . ولا يعرف أيهم السابق ، وبينهم أسباب توارث . فالحنفية يرون أن أولئك لا توارث بينهم ، إنما ميراثهم لغيرهم من الأحياء فكل واحد منهم يرثه ورثته الأحياء ، وبذلك أخذ القانون ، وهو أيضا مذهب المالكية والشافعية .

وحجة هذا الراى ان أساس الخلافة بالتوريث هو حياة الوارث بعد الموت فإذا تحققت تلك الحياة عند الوفاة ، فقد تحققت الخلافة فيثبت الملك بها . وإن لم تتحقق الحياة لا تتحقق الخلافة : فلا يثبت الملك بها . وحيث لا دليل على سبق أحدهما بالموت . فلا دليل على الخلافة ، وبالتالي لا دليل على التوريث . فلا يثبت الميراث ، وعلى ذلك يكفى على مقتضى رأى هؤلاء الأئمة ألا يعنم أيهما مات أولا .

٨١ - وهناك رأيان آخران (أحدهما) رأى ابن أبى ليلى قاضى الكوفة المعاصر لأبى حنيفة وخلاصته أن كل واحد من الوارثين اللذين لم يعلم أيهما مات أولا يرث من صاحبه مع ورثته على أن يرث منه فى ماله انقابت له ، ولا يضاف إليه ما استحقه من ميراث غيره هو ، ولنضرب لذلك مثلا : زوجان ماتا فى غرق ، أو حريق ، أو تهمدم ، ولا يعلم من مات منهما أولا . وترك الزوج ١٢٠ ف والزوجة ١٢٠ ف ، ومات الزوج عن أب وأم ، وماتت الزوجة عن أخ واخت فإنه فى هذه الحالة تقسم تركته كل واحد قسمتين . قسمة لما ترك كل واحد وقسمة أخرى للمقدار الذى استحقه فى صاحبه ، فالقسمة الأولى

يدخل فيها المتوفى ، والقسمة الثانية لا يدخل فيها إلا الأحياء . ولننبق ذلك على المثل .

فأولا : يقسم ميراث الزوج بين أبيه وبنه وزوجه المتوفاة فيخص الأب ستون غدانا ، ويخص الأم ثلاثون ، والزوجة ثلاثون ، وميراث الزوجة يقسم بين أخيها وأختها وزوجها . فيخص الزوج النصف وهو ستون غدانا ، ويخص الأخ أربعون ، والأخت عشرون .

وثانيا : يقسم ما خص الزوج من زوجته . وهو ستون بين أبيه وبنه وما خص الزوجة من زوجها وهو ثلاثون بين أخيها وأختها .

وبهذا الرأي أفتى عبي بن أبي طالب رضي الله عنه . وحجته أن سبب التوارث قد تحقق — وهو القرابة الموجبة له . وحياته واحد منهما بعد صاحبه ليست منفية بيقين . ونفيها هو المانع من الميراث . وحيث تحقق السبب ولم يتحقق المانع ثبت التوارث . ولكن لا يرث أب واحد غيم وبنه منه الآخر ، لأن وراثته من صاحبه تقتضي فرض حياته بعد موته . عوسوسا أن يرث منه ما ورثه الآخر فيه لكان ذلك منقضا لفرض ميراثه منه . فيعرض في حال واحدة فرضان متناقضان . وبيان ذلك أننا عندما نوزع الزوج من زوجها كما في المثال السابق نفرض وجوده من بعد وفاته لنحقق الناحية . فلو قررنا أن يرث منها ما ورثته هي منه عند التقسيم لزم أن نتركة من معنى ذلك أنه يرث ماله أولا . ولكن معنى ذلك من جهة أخرى أنه يفرض في حال واحدة حياتها وموتها في وقت واحد وفرض واحد . إذ أنها لم ترث منها إلا إذا كان قد انتقل إلى غيرها وهو زوجها بموتها ، فحاشا في حال فرض حياتها لا نفرض موتها .

هذه وجهة نظر ابن أبي ليلى . وقد ردها أنحنفيه بأن حياة الموارث بعد موت المورث يقينا شرط لعمل سبب الإرث ، وحيث لا يتحقق الشرط لا يعمل السبب ، فليس عدم تحقيق التعاقب مانعا من موانع الإرث كالقتل ونحوه ، بل إن تحقق التعاقب هو شرط التوارث فلا بد من وجوده يقينا .

وثاني الرأيين المخالفين للجمهور هو رأي الحنابلة ، وهو في جمته كراي ابن أبي ليلى ، ولكنهما يشترطان أن يحصل تداع بين ورثة كل من الذين ماتوا ، ولا يعلم السابق منهما بأن يدعى ورثة كل واحد أن مورثهم مات بعد موت

الآخر ، فإن تداعوا كذلك ، ولم يثبت أحسد الطرفين دعواه دون الآخر (لأنه إن أثبت دعواه دون الآخر ورث مورثه من الآخر بالاتفاق) فإنه في هذه يحلف كل منهما على نفى دعوى الآخر ، وبذلك تنتهى الدعويان ، ويكون ميراث كل منهما لورثته الأحياء ، كما هو رأى الجمهور مطلقا ، أما إذا لم يحصل تداع فإن مذهب الحنابلة يكون كمذهب ابن أبى ليلى تماما •

٨٢ — هذا ويجب أن نعظم أن الفقهاء قد اتفقوا على أنهما إذا ماتا متعاقبين ، فإنه لا توارث بينهما •

هذا ومن الطريف أن نذكر هنا مسألة تنبه إليها الفقهاء ، وهى إذا ما كان شخصان يتوارثان يقيمان في بلدين يختلف مطلع الشمس فيهما ، لاختلافهما في خطى الطول ، بأن كانت الشمس تشرق على بلد أحدهما قبل أن تشرق على بلد الآخر وماتا ، وذكرت الساعة والدقيقة والثانية التى مات فيها كل واحد منهما حسب توقيت بلده — فإنه في هذه الحالة يرث صاحب المطلع المتأخر • ولذلك قال ابن عابدين : أفتى جمع بأنه لو مات أخوان في يوم واحد في وقت زواله وأحدهما في المشرق ، والآخر في المغرب ، ورث المغربى المشرقى لتقدم موت المشرقى •

وذلك معقول وواقعى ، لأنه إن اتحد الموت وقت الزوال فإنه في المشرق يسبق وقت الزوال في المغرب ، فيكون المشرقى قد مات قبل المغربى فيرثه •

الاختلاف في موانع الميراث

٨٣ — ذكرنا أن موانع الميراث ثلاثة : وهى القتل ، واختلاف الدين ، واختلاف الدار ، وهذه الموانع هى التى جاء بها القانون ، وفى بعضها اختلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة ، وبعضها هو رأى الجمهور ، وهناك رأى غيره ، وبعضها قد اتفق على أنه مانع وهو القتل ، ولكنهم جرى بينهم الاختلاف في حقيقة القتل المانع من التوارث ، وقبل أن نبين هذا الخلاف نذكر مانعا رابعا قد اتفق الفقهاء عليه ، ولم يختلفوا فيه وهو الرق ، ولكن القانون لم يذكره ، لأن الرق قد زال من الديار المصرية كلها ، فلم يعد ثمة حاجة إلى ذكر شيء يتعلق به إلا ما بقى من آثاره ، وهو الولاء •

ومما يلاحظ أن اللجنة التى وضعت أصول قانون الميراث قد نصت على أن الرق باعتبارها مانعا من الميراث ، أى أن الرقيق لا يرث قريبه الحر إذا مات ،

ولكن روى عند وضع نصوص القانون النهائية قبل تقديمه لمجلس الأمة حذفه ولما جاء في المذكرة التفسيرية ما نصه : « قدمت لجنة الأخـوال الشخصية مشروع هذا القانون متضمنا النص على أن الرق مانع من موانع الإرث . وقد روى حذفه . لأن الرق غير موجود ، ومحظور . بل معاقب عليه منذ أُنـس من ستين عاما ، فلم تعد ثمة فائدة عملية من إيجاد مثل هذا النص بين موانع الإرث » .

٨٤ - ولنتكلم في موطن الخلاف في الموانع الثلاثة الباقية : فأما اختلاف الدين فإنه يمنع توارث المسلم من غير المسلم . فلا يرث أحدهما الآخر مهما يكن بينهما من علاقة نسبية أو زوجية . وذلك هو قول الجمهور الأعظم من فقهاء الصحابة والتابعين ، والأئمة المجتهدين . ولكن خالف معاوية فيه برأى غريب فأجاز وراثته المسلم من غير المسلم . ومنع وراثته غير المسلم من المسلم . وقد أمر قضاة بأن يسيروا على ذلك . وكان هذا عجبا حتى لقد قال مسروق : ما وجدت في الإسلام أغرب من قضية قضاها معاوية وذكرها . ويروى أنه لما كتب إلى زياد بن أبيه وإلى العراق من قبله بذلك . وأمر هذا شريحا التابعي وقاضي الكوفة - أطاع ولكنه كان إذا قضى بذلك لم يقل إن هذا قضاء بحكم الله ورسوله . بل كان يقول هذا قضاء أمير المؤمنين ، ليحمله تبعة ذلك .

ولما ولي عادل الأمويين عمر بن عبد العزيز ألغى هذا وأمر القضاء أن يسيروا على ما عليه جماعة المسلمين من عهد الصحابة . وهو أنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم سواء أكان المورث هو المسلم أم كان المورث هو الذمي . لتكون المعاملة بالمساواة ، وعلى أساس من القسطاس المستقيم . وأما غير المسلمين فإن التوارث يجري بينهم ، ولو اختلفت دياناتهم ، وهذا رأى الحنفية .

وقال بعض التابعين أن الاختلاف يمنع غير المسلمين التوارث : كما يمنع التوارث بين المسلمين وغيرهم ، فلا يرث اليهودي النصراني ، ولا يرث النصراني اليهودي .

وفي مذهب مالك أن الملك التي تتفق في عبادة واحدة تتوارث ، وإلا فلا توارث : فعباد الشمس يتوارثون فيما بينهم ، وعباد النار يتوارثون فيما بينهم ، ولا توارث بين عباد الشمس وعباد النيران - وقد علمت أن المعول به هو الأول ، وهو المعقول .

٨٥ - القتل المانع من الميراث : أجمع الفقهاء من التابعين والأئمة المجتهدين^(٢) على أن القاتل لا يرث لورود الأثر الصحيح بذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم « وليس للقاتل شيء » ولأن من تعجل شيئاً قبل الأوان عوقب بالحرمان . ولأننا لو سوغنا أن يرث القاتل ، والقتل في ذاته جريمة ، نكنت الجريمة سبباً لثبوت المال . وذلك لم يعهد في الشرع الإسلامي ، وذلك لأن الخلاف التي يثبتها الميراث سببها الموت ، والموت جاء على يد القاتل بجريمته . فإذا ساغ ميراثه فمعنى ذلك أن الجريمة كانت سبباً لمنعة الميراث .

ومع اتفاق جمهور الفقهاء على أن القاتل لا يرث ، قد اختلفوا في حقيقة القتل المانع من الميراث .

فالشافعي رضي الله عنه اعتبر كل قتل مانعاً من الميراث ، سواء أكان القتل عمداً أم كان غير عمد . وسواء أكان عدواناً أم غير عدوان ، بل اعتبر القتل مانعاً من الميراث ولو كان القاتل غير مكلف ، بأن كان مجنوناً أو معتوها ، ولو كان القاتل قاضياً قضى بالإعدام بحق ، أو شاهداً شهد بالعدل فقضى بالإعدام بشهادته ، أو لو كان مذكياً للشهادة ، وسمعت على أساس تركيته ، وكذلك الجلاء الذي ينفذ حكم الإعدام ، والأساس في ذلك هو تحقق وصف القاتل . فإذا تحقق ذلك الوصف على أي اعتبار كان تحققه ، فإنه يكون الحرمان من الميراث ، لأن مناط الحرمان هو القتل من غير قيد أو وصف ، وكل هؤلاء يوصفون به .

وأحمد رضي الله عنه اعتبر القتل المانع من الميراث هو القتل الذي يوجب عقوبة مالية أو غير مالية ، فالقتل العمد العدوان يوجب القود ، فيوجب الحرمان من الميراث . والقتل الخطأ والقتل بالتسبب يوجبان الدية فيمنعان الميراث . ولكن القتل دفاعاً عن النفس لا عقاب فيه بالمال أو القود فلا يمنع الميراث ، فأحمد جعل المنطق في القتل الموجب للحرمان هو تقرير الشارع العقاب عليه ، فكل ما أوجب الشارع فيه عقاباً سواء أكان مباشراً أم كان غير مباشر منع . وذلك لأن سبب المنع هو الاعتداء بالقتل ، وأما الاعتداء

(٢١٥) خائف من التابعين سعيد بن المسيب أحد الفقهاء السبعة بالمدينة ، وخائف الخوارج أيضاً فلم يعتبروا القتل مانعاً من الميراث ، وهم مردود عليهم بالحديث : « ليس للقاتل شيء » وبأن عمر منع ميراث القاتل ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة . وبالقِيَاس الذي ذكرناه في الأصل .

العقوبة : فهي القياس المأدى لتبين عدم المشروعية الموجبة للحرمين - ولأن المانع من الميراث عقوبة : والعقوبة لا تكون على ما استقضى عنه الشارع الدكث .

والذهب الحنفى اعتبر القتل المانع من الميراث هو القتل المباشر بغير حق فلا بد عنده من تحقق شرطين : المباشر - وأن يكون بغير حق . فالتقتل العمد : والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ^(٥٣) والجارى مجرى الخطأ : فإنه يمنع الميراث : والشرط الثانى أن يكون ذلك بغير حق فإن كان بحق بأن كان قصاصا ، أو لأنه وجده يزنى بزوجه أو احد محارمه فإنه لا يمنع الميراث وعلى ذلك يكون هناك نوعان من القتل عند أبى حنيفة لا يمنعان الميراث .

(أحدهما) القتل غير المباشر كالقتل بالتسبب والتحريض . أو الشهادة أو غير ذلك من أنواع القتل التى لا تكون فيها مباشرة فى الفعل من الوارث^(٥٤) .

(وثانيهما) القتل بحق أو الذى يكون القاتل فيه ساقط التبعة كقتل الصبى والمجنون والمعتوه ، ومن ذلك النوع كما نوهنا آنفا قتل الزوج زوجته . وقتل الرجل ذات رحم محرم منه إذ وجدها تزنى . فقد جاء فى ابن عابدين ما نصه : « وفى الحاوى للزاهدى إذا قتل الرجل امرأته أو ذات رحم من محارمه لأجل الزنى يرث منها خلافا للشافعى . يعنى مع تحقق الزنى : أما بمجرد التهمة فلا ، كما يقع من فلاحى القرى ببلادنا » .

هذا هو المذهب الحنفى ، أما المذهب المالكى فأساسه أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمدان المقصود من المكلف من غير عذر بأى طريق كان القتل بالمباشرة ، أو التسبب أو التحريض ، أو شهادة الزور ، أو الاشتراك ،

(٥٣) القتل العمد هو القتل بآلة من شأنها أن تقتل . والقتل شبه العمد هو القتل بآلة ليس من شأنها أن تقتل : والقتل الخطأ قسمان : خطأ فى القصد . وهو أن يرى شيئا يظنه حيوانا فيقتل أنه إنسان . وخطأ فى الفعل . وهو أن يرى شيئا فينحرف عنه وبصيب إنسانا . والجارى مجرى الخطأ كان يقع على شخص فيقتله وهو ملحق الخطأ .

(٥٤) قد ضبط صاحب الدر المختار القتل المانع من الميراث عند الحنفية بأنه القتل الموجب للقوط أو الكفارة مع الدية ، وذلك يكون فى القتل العمد . وشبه العمد . والقتل الخطأ ، والكفارة فى عتق رقبة . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين . وهذه الكفارة لا تكون على الصبى والمجنون والمعتوه . ولذلك لا يمنع الميراث مباشرتهما القتل .

ولو كان ربيثة وقف ليضل الناس عن مكان القتل ، إن كانت استغاثة ، فالعبرة عند مالك بأمرين أحدهما القصد ، وثانيهما العدوان • وعلى ذلك إذا لم يكن قصد فلا حرمان من الميراث ، كالقتل خطأ ، وكذلك إذا كان القصد ناقصا بأن كان الشخص صغيرا أو مجنونا أو معتوها ، أو في حالة غيبوبة ، وكذلك إذا كان القتل غير عدوان بأن كان بحق كالقتل قصاصا ، أو كان بعد ذر كالقتل عند مجاوزة حد الدفاع الشرعى ، وقتل الزوج زوجته مع من زنى بها إذا كانت مفاجأة بالزنى ونحو ذلك •

٨٦ - وتبرى أن الأئمة الأربعة اتفقوا على أن القتل مانع من الميراث ، ولكن اختلفوا في نوع القتل ، فعمم الشافعى ، واعتبر كل قتل مانعا ، واعتبر أحمد القتل المانع هو القتل الموجب عقوبة على مكلف ، واعتبر أبو حنيفة المباشرة مع العقوبة ، واعتبر مالك قصد القتل مع العدوان والتكليف ، وبمذهب مالك أخذ القانون ، وقد جاء في المذكرة التفسيرية في هذا المقام ما نصه :

« خولف مذهب الحنفية ، وأخذ بمذهب مالك » فيما يأتى : (أ) في القتل بالتسبب فصار القتل العمد مانعا من الميراث ، سواء أباشر القاتل القتل أم كان شريكا فيه • (ب) في القتل الخطأ فلم يعتبره مانعا •

ويدخل في القتل المباشر ، من أجهز على شخص بعد أن أنفذ فيه آخر مقتلا من مقاتله ، فإنهما يمنعان من ميراثه ، ويدخل في القتل بالتسبب الأمر والندال والحرص والمشارك والربيثة (وهو من يراقب المكان في أثناء مباشرة القتل) وواضع السم ، وشاهد الزور (٥٥) الذى بنى على شهادته الحكم بالإعدام •

على أن القتل العمد لا يمنع في كل الأحوال ، والأحوال التى لا يكون القتل فيها مانعا من الإرث هى الأحوال الآتية :

١ - القتل قصاصا أو حدا •

٢ - القتل في حالة من حالات الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، مما هو منصوص عليه في المواد ٢٤٥ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ من قانون العقوبات •

(٥٥) يلاحظ أنه إذا كانت الشهادة بالحق لا يمنع ذلك خلافا للشافعى •

٣ — قتل الزوج وزوجته والزاني بها عند مفاجأتها حال زنى (مادة ٢٣٨ عقوبات) •

٤ — تجاوز حد الدفاع الشرعى (مادة ٢٩١) عقوبات •

وقصد باشتراط كون انقاتل عاقلا إخراج ما يأتى :

١ — الجنون والعمامة العقلية (مادة ٢٦٢) •

٢ — ارتكاب القاتل القتل وهو فى غيبوبة ناشئة عن عقاير آيا كان نوعها إذا أخذها قهرا عنه ، أو على غير علم بها •

هذا ما جاء فى المذكرة التفسيرية خاصا ببيان ما اشتملت عليه المادة الخامسة المبينه للقتل المانع من الإرث ، ونرى أن المذكرة تصرح بأنها اعتبرت الأصل فيما خولف فيه المذهب الحنفى هو مذهب مالك ، وربطت ما بين القانون الخاص بالمواريث - وأحكام القتل التى يشتمل عليها قانون العقوبات المصرى ، فكانت تشير فى كل فقرة إلى ما يقابلها فى قانون العقوبات • وكأنها مستتقة منه •

ويلاحظ أنها اقتضرت فى القتل بعذر حال الزنى على زنى الزوجه إذا فاجأها مع الزانى حال وقوع الجريمة ، وهذا قبل أن يعمم مجلس الشيوخ نص المادة بحيث تشمل حال المحرم إذا قتل محرمه الزانية ، وأن المذهب الحنفى الذى كان معمولا به من قبل فى كل أحكام الميراث ، والذى ما زال معمولا به فيما لا نص عليه ، كان يعتبر من أحوال القتل الذى لا يؤثر فى الميراث قتل إحدى محارمه إذا تيقن أنها تزنى ، لأنه قتل بعذر •

والتفكير المستقيم يوجب ميراث القاتل فى هذه الحال ، بيد أنه قد كان نص المشروع غير شامل ذلك ، فاقترح بعض أعضاء اللجنة التشريعية بمجلس النواب عند نظر هذا القانون النص على هذه الحال ، ولكن غالبية اللجنة رفضت ذلك ، ثم لما عرض القانون على مجلس الشيوخ رأت لجنة التشريعية اعتبار القتل فى هذه الحال غير مانع من الإرث ، ولم يخالف فى ذلك إلا واحد من أعضائها ، فقد طلب بقاء المادة كما هى من غير زيادة ، ولقد صرحت

اللجنة بأن المصدر الأصلي لقانون هو مذهب أبي حنيفة^(٥٦) ، وهذا يفيد أن القتل في هذه الحال غير مانع من الميراث . وهذا هو الحق ، إذ هو قتل بعذر شرعي ، وتخصيص العذر بحال الزوجة تخصيص بغير سبب . وفوق ذلك إذا لم تكن المادة شاملة ، كما كانت . وهذا كان غير معقول . فإن المرجع فيما لم ينص عليه إلى المذهب الحنفي .

فكانت هذه الصيغة العامة الحكيمة التي صارت عليها المادة (٥) من تعديل مجلس الشيوخ باقتراح لجنته التشريعية : وقد وافق عليها مجلس النواب بعده فتشمل حال من يقتل إحدى محارمه إذا تيقن زناها .

٨٧ - اختلاف الدار : اتفق الفقهاء على أن اختلاف الدار غير مانع ميراث المسلم من المسلم ، لأن المسلمين كما بينا تحت ولاية إسلامية واحدة ، مهما تنامت الديار : وتباعدت الأقطار . إنمى الحكم بأنه مانع من التوارث هو بين غير المسلمين ، فالحنفية والشافعية وبعض الحنابلة اعتبروا اختلاف الدار مانعا

(٥٦) هذا نص ما جاء بلجنة النواب : « رأت اقلية في اللجنة ضرورة تعميم الحكم الخاص بعدم منع الزوج من الإرث إذا قتل زوجته عند مفاجاتها متلبسة بالزنى على بعض محارمها كالأب والابن والأخ ، لأنهم اقوى عنرا من الزوج وصلتهم بها وثيقة لا تنفصم ، ولصق عارها بهم مدى الحياة بينما تنتهي صلة الزوجية بالطلاق . وضافوا إلى ذلك أن إيراد الحكم على هذا الوجه الذى يقترحونه تقتضيه الأخلاق السائدة في الشرق عموما ، وفي بلدنا الإسلامى على وجه الخصوص ، ولكن اللجنة رأت بأغلبية الآراء الموافقة على بقاء المادة كما هى .

وهذا نص ما جاء بلجنة الشيوخ : « وقد رأت اللجنة تعميم الحكم الخاص بعدم حرمان الزوج من الارث إذا قتل زوجته عند مفاجاتها متلبسة بالزنى على قتل الاب والابن والأخ لمحارمهم عند مفاجاتهم في حالة تلبس بالزنى مسيرة لقواعد الشريعة الإسلامية ، ولأنهم يتعمرون ، كما يتمر الزوج ويلتصق العار بهم مدى الحياة ... ولأن هذا يتفق مع تقاليد الشرقيين وطباعهم . ولم يخالف في ذلك إلا أحد أعضائها . وبهم اللجنة أن تشير بفرع خاص إلى أن احكام هذا المشروع مأخوذة من مذهب الإمام أبى حنيفة المعمول به فعلا امام المحاكم الشرعية فيها عدا بعض احكام خاصة اشير إليها في المشروع ... » وجاء في تقرير آخر بعد وضع المادة في صيغة عامة تشمل هذه الحالة وغيرها ما نصه : « هذه المادة بوضعها الأخير أوسع معنى وأكثر فائدة وفيها متسع لما قد يجد من الحوادث فضلا عن انسجامها مع القواعد الشرعية والقانونية ... » .

وبهذا ينتهى القانون في صيغته النهائية التى صادق عليها المجلسان . وللمادة هذا العموم الشامل .

من التوارث : والمساكنية وبعض الحنابلة به يعتبروا اختلاف أدار منعاً
لا بين المسلمين ولا غير المسلمين •

ويلاحظ أن الفقهاء الذين منعوا التوارث بين غير المسلمين إذا اختلفت
ملتهم كما يمنع التوارث بين المسلمين وغيرهم — هم ان الذين قرروا أن اختلاف
الدار لا يمنع التوارث بين غير المسلمين ، وكأنهم في هذا لم يلاحظوا الاختلاف
بين الناس في النصرة إلا من ناحيه الدين • وعلى ذلك يكون الحكم عندهم أنه إذا
مات مسيحي تحت ولاية المسلمين : ورثه وارث تحت ولاية غير المسلمين — ورثه ،
لأن النصرة بينهما كاملة إذا اتحد دينهما • فمذلك الذي روى عنه أنه اعتبر
اتحاد الملة أو قربها شرطاً في توارث غير المسلمين هو الذي روى عنه أيضاً
أن اختلاف الدار لا يمنع بينهم ، كما لا يمنع بين المسلمين • وكذلك بعض الحنابلة •
أما الحنفية والشافعية الذين اعتبروا غير المسلمين ملة واحدة فقد جعلوا
اختلاف الدار مانعاً •

٨٨ — ولنفصل ببعض التفصيل مقالة الذين قالوا أن اختلاف الدار يمنع
التوارث بين غير المسلمين ، ولنتكلم أولاً في معنى الدار : المراد باختلافها اختلاف
الحوزة والسلطان • فحيث اختلفت الحوزة والسلطان والمنع والملك ، بأن صار
لكل جماعة عسكر وولاية ومك يفصل بها عن الجماعة الأخرى • فحينئذ تختلف
الدار • كما يعبر فقهاء المسلمين • أو تختلف الدولة ، أو تختلف الجنسية أو
الرعية كما يعبر في القوانين الحديثة ، فلو مات مسيحي من رعايا مصر : فإنه
لا يرثه قريبه الذي يكون من رعايا فرنسا : لاختلاف الدار • أو الرعية على
حد تعبير قوانيننا •

ويجب أن يلاحظ عند اختلاف أدار الأمور الآتية :

أولها — أن الدول الإسلامية مهما تختلف حكوماتها ، وتتباين نزعات
ملوكها دار واحدة • ولو تقاطلوا فيما بينهم ، فقد نص على أن أهل العدل
والبغى دولة إسلامية واحدة ، ويجرى التوارث بينهم • فلو مات ذمي تحت
سلطان أهل العدل ، ورثه قريبه الذمي الذي يكون تحت سلطان أهل البغى •
وكذلك لو مات ذمي من رعايا مصر ورثه الذمي الآخر الذي يكون من رعايا
سوريا أو العراق أو تركيا ، وهكذا ، لأن أدار واحدة ، وإن اختلفت الحوزة
والسيطرة ، ما دامت الكثرة في كل دولة من هذه الدول من المسلمين •

ثانيها - أن المسلمين يتوارثون مهما اختلفت دولهم ، فالمسلم الإنجليزي يرث المسلم المصري ، والمسلم الروسي يرث المسلم التركي . لأن المسلم ولايته للإسلام ، مهما اختلف الديار ، ومهما اختلف العادات ، ومهما اختلفت الدولة أو الجنسية .

ثالثها - أن الاعتبار باختلاف الدار يشمل الاختلاف الحقيقي والاختلاف الحتمي ، فإذا مات قبطي لا يرثه قريبه المسيحي إذا كان إنجليزيا أو فرنسيا ، واختلاف الدار الحقيقي ، ما دام يقيم في فرنسا أو إنجلترا ، وكذلك إذا كان مسيحي مصري قد مات وله قريب غير مصري لا يتجنس بالجنسية المصرية ، بل هو فرنسي أو إنجليزي . ولكنه متيم في مصر ، فإنه لا يرثه لاختلاف الدار حكما . وإن اتحدت الإقامة ، وذلك لأن الفقهاء نصوا على أن الذمي لا يرث المستأمن . والمستأمن لا يرث الذمي ، مع أن إقامتهما في ديار المسلمين ، لأن الذمي ولايته للدولة الإسلامية : إذ له ما للمسلمين ، وعليه ما عليهم ، والمستأمن قد اتفق على الإقامة في بلاد المسلمين مدة مع انتمائه لدولته ثم يعود إليها .

وفي هذا الجزء الأخير خلاف للشافعي رضي الله عنه ، فإنه قد قرر أن الذمي والمستأمن يتوارثان ، لاتحاد الإقامة : وإن اختلفت الجنسية أو الرعية . أو الولاية ، فهو قد اعتبر المانع - الاختلاف في الإقامة ، لا الاختلاف في الولاية .

٨٩ - وقد جاء القانون فيما يتعلق بالمسلمين والدول الإسلامية مطابقا للمذهب الحنفي ، إذ قرر أنه لا اعتبار لاختلاف الدار بين المسلمين ، أما بالنسبة لغير المسلمين ، فقد ذكر حالتين يختلف حكمهما :

(الحالة الأولى) إذا كان الأجنبي الذي مات له قريب مصري غير مسلم لا تمنع دولته من توريث الأجنبي عنها ، وفي هذه الحال يعتبر اختلاف الدار غير مانع من التوريث ، وقد استقى حكم هذه الحال من المذهب المالكي والحنبلي .

(الحالة الثانية) إذا كان الأجنبي غير المسلم تمنع دولته غير الإسلامية أي التي لا يكون كثرتها من المسلمين الأجنبي عنها من الميراث ، ففي هذه الحال يكون اختلاف الدار مانعا ، وقد استقى حكم هذه الحال من المذهب الحنفي الذي كان يعتبر اختلاف الدار مانعا في كل الأحوال .

ويظهر أن المعتبر في اختلاف الدار في هذه الحان هو الاختلاف الحنفى وهو اختلاف الرعوية أو الجنسية . لا مجرد الاختلاف في الإقامة . فإن اتحاد الإقامة لا عبرة به ، ما دامت الرعوية مختلفة .

هذا ويجب التنبيه إلى أن القانون لم يأت بجديد فيما يتعلق بالمسلمين . فالدولة الإسلامية مهما يكن حالها من حيث توريث الأجنبي عنها أو عدم توريثه ، يجرى التوارث بين غير المسلمين المنتمين إليها . وغير المسلمين المنتمين لدولته المصرية ، لأن ذلك هو المقرر في المذهب الحنفى . ولم يجيء القانون بمسايلغيه . وفوق ذلك فإن القانون قد خيق من نطلق المنع باختلاف الدار . ونم يوسع ، ولو قلنا بأن التوارث لا يجرى بين غير المسلمين المنتمين لدول إسلاميه لكان ذلك توسعا في حكم المنع باختلاف الدار بما لم يجيء به فقه . وعنى ذلك يكون المسيحي الإيراني وارثا عن المسيحي المصري . إذا قام بينهم سبب الإرث ، والمسيحي التركي يرث المسيحي المصري إن قام سبب الإرث . مهما يكن حكم الدولة الإيرانية أو التركية بالنسبة لميراث الأجنبي منها .

ميراث المرتد

٩٠ - بينا في الكلام السابق موانع الميراث واختلاف الفقهاء فيها . وهناك حال تعدد من الموانع . وهى حال المرتد . فإن المرتد لا يرث من غيره عند جمهور الفقهاء ، وذلك لأنه في حكم الميت لاستحقاقه الموت . إذ أن حكم الإسلام فيه أن يستتاب ، فإن لم يتب قتل ، وإن كان امرأة حبست ، وعلى ذلك لا يرث المرتد أو المرتدة المسلم ، لاختلاف الدين . إذ قد هجر دينه . ولا يرث قريبه الذى يتفق في دينه الجديد ، أو يخالفه إذ لا يقر المرتد على رده كما بينا ، فيقتل أو يحبس على حسب اختلاف حاله ، ذكورة أو أنوثة ، وفي توريثه من قريبه غير المسلم تقرير لحاله التى لا يقر عليها بمقتضى حكم الإسلام .

وأما ماله فقد اختلف الفقهاء في شأنه .

١ - فأبو حنيفة قرر أنه إذا مات أو لحق بدار الحرب وحكم القاضى بلحاظه يكون ماله الذى اكتسبه قبل الردة لورثته المسلمين ، وأما ماله الذى اكتسبه بعد الردة ، وقبل موته أو لحاقه فإن كان أنثى فكذلك يكون لورثتها ، وإن كان ذكرا فإنه يكون لبيت المال ، وحجة ذلك الرأى أنه إن مات أو لحق

بدار الحرب ، وحكم بلحاظه فإن موته يستند إلى وقت رده إن كان ذكراً ، ويستند إلى وقت ألموت أو الحكم باللحاق إن كان أنثى ، وذلك لأن الذكر يستحق الموت ، ويخير بين التوبة والقتل ، فيعتبر في حكم الميت من وقت رده ، فما كسبه قبلها يكون ميراثاً ، وما كسبه بعدها يكون لميت المال على أنه مال لا مالك له ، إذ ورثته إنما يخلفونه في ماله من وقت رده ، ولا ورثة له من بعد ذلك . أما إذا كانت أنثى فلائها لا تقتل بالردة بل تحبس ولا تعتبر ميتة من وقت الردة ، بل يعتبر موتها من وقت الموت الحقيقي ، أو من وقت الحكم باللحاق بدار الحرب ، وعلى ذلك ورثتها يخلفونها في مالها من ذلك الوقت ، فيكون لورثتها مالها قبل الردة ، وما اكتسبته قبل الحكم باللحاق أو الموت .

وعلى مقتضى هذا المذهب يكون ورثة المرتد الذكر فيما يظهر — هم ورثته الذين كانوا وقت الردة ، أما الذين كانوا بعد ذلك فلا يرثون ، لأنهم لم يكونوا ورثة عند استحقاق الميراث ، وكذلك إذا كان له ورثة وقت الردة ، وكانوا قد ماتوا عند الحكم باللحاق ، أو الموت ، فإن نصيبهم يتول لورثتهم ، هذا ما كان يقتضيه ذلك المذهب ما دام سبب الميراث أو الخلافة يستند إلى وقت الردة لا إلى وقت الموت ، أو الحكم باللحاق بدار الحرب ، وهذه إحدى الروايات ، وعليها قول الكرخي ، ولكن روى الحسن بن زيادة اللؤلؤي رواية أخرى وهي أن ورثة المرتد هم ورثته الذين ثبت لهم صفة الاستحقاق من وقت الردة إلى حين الموت أو إلى حين الحكم باللحاق إلى دار الحرب ، فإذا كان له وارث ومات قبل ذلك لا يستحق ورثته شيئاً عنه ، وإذا عرض الاستحقاق بعد الردة لا يكون لهم ميراث ، وذلك لعدم ثبوت الاستحقاق من وقت الردة ، وأساس هذه الرواية ، وهي معقولة ، أن المال يكون موقوفاً من وقت الردة إلى وقت الموت أو الحكم باللحاق ، فإن تاب ثبت ملكه ، وإن لم يتب وأصر انتقل للورثة ، فيجب أن تستمر صفة الاستحقاق طول مدة وقف المال ، ليتقرر الإرث .

ولقد روى كذلك محمد بن الحسن أن ورثة المرتد عند أبي حنيفة هم ورثته يوم ألموت أو الحكم باللحاق ، وقال صاحب المبسوط أن هذه الرواية أصح الروايات الثلاث ، وعلتها أن الردة لا تنعقد سبباً إلا إذا أصر عليها بأن مات مرتداً ، أو حكم بلحاظه بدار الحرب ، بدليل أنه إن تاب قبل ذلك بقي له ماله ، وعلى ذلك فإن سبب الإرث لا يعتبر مجرد حدوث الردة ، بل هذا مضاعفاً إليه الإصرار عليها ، وعلى ذلك لا يعتبر ورثته وقت حدوث

الردة ، لأن ذلك جزء من السبب . بل لا يعتبر الورثة إلا بعد وجود السبب كله ، وهو موته مصرا عليها أو الحكم بلحاظه بدار الحرب .

هذا رأى أبى حنيفة . وقال المصنفون أن مال المرتد قبل الردة وما كسبه بين حدودها وموته أو الحكم بلحاظه كنه يكون ميراثا لورثته وقت الموت . أو الحكم بالحقاق ، وذلك لأن ملكيته لم تزل عن ماله بالردة ، إذ هو مكف تام التكليف . له ذمة مالية قائمة ثابتة . وحكمه حكم المحكوم عليه بالإعدام حدا أو قصاصا ، لا تزول ملكيته عن ماله وتصح تصرفاته فيها كلها وبعضها . فيكون ماله وكسبه له . وينتقل إلى ورثته إذا مات فعلا ، أو مات حكما بالحكم بلحاظه بدار الحرب^(٥٧) فليس للردة أثر في زوال ملكه . وإنما أثرها في إباحة دمه إن كان ذكرا . وحبسها إن كانت أنثى .

ويلاحظ أنه في كلا الرأيين يكون من ورثته امرأته إذا كانت ما زالت في العدة ولم تنته عدتها .

وقد اتفق في المذهب على أن ما يكسبه بعد اللحاق يكون فيئا للمسلمين لزوال عصمته بذلك .

٩١ - هذا مذهب الحنفية ، وأما مذهب الأئمة الثلاثة فقد روى عن الشافعي مثل قول المصنفين ، ومثل قول أبى حنيفة ، وروى عن مالك وأحمد مثل ذلك ولكن الصحيح عن الشافعي ومالك وأحمد أن مال المرتد كله يكون فيئا للمسلمين يوضع في بيت المال . فلا يرث من أحد شيئا . ولا يورث عنه شيء ، لأنه برده صار حربا على المسلمين ، فيكون حكم ماله حكم مال الحربى على سواء . ومال الحربى غنيمة للمسلمين .

هذه أقوال الأئمة الأربعة أو الصحيح في النسبة إليهم . وقد روى عن الإمام أحمد ، رأى غريب في هذا ، وهو أن مال المرتد يكون لورثته من أهل دينه الذي اختار الانتقال إليه ، إن كان منهم من تربطه به صلة قرابة أو

(٥٧) ولقد حكى الكرخى خلافا بين المصنفين في وقت الإرث وهو وقت الحكم بالحقاق أم هو وقت اللحاق ، فروى عن محمد أن العبرة بالوارث وقت اللحاق . لأن السبب الموجب للميراث هو اللحاق لانه به تزول العصبة . ويتم الإصرار على الردة ، وأبو يوسف اعتبر يوم الحكم . لأن الردة عارض قابل للزوال . فلا بد من حكم يبعد احتمال زواله .

زوجية فإن لم يكن فإن ماله يكون لبیت المال ، ككل مال لا مالك له • أى أنه يكون فى قسم مال الضوائع من أقسام بيت المال •

٩٢ - هذا ويجب ملاحظة أمرين :

(أحدهما) أن المرتد إذا لحق بدار الحرب ، وحكم بلحاقه صار فى حكم الأموات ، فتحل ديونه المؤجلة على مذهب أبى حنيفة ، وتقضى الديون التى لزمته فى حال الإسلام مما اكتسبه قبل الردة ، وما لزمه من ديون فى حال رده يقضى من كسب الردة ، وهذا عند أبى حنيفة ، ووجهه أن المستحق بالسببين مختلف ، وما دامت الردة وحدها سبب الوراثه ، فالديون قد تعلقت بالأموال انتفى كانت عند حدوثها ، وما لزمه من ديون بعد ذلك تعلق بما اكتسب بعدها •

هذا عند أبى حنيفة على أشهر الروايات عنه ، وأما عند أصحابين فإن الديون كلها ، ما لزمه قبل الردة وبعدها يتعلق بالمال كله ، ما كسب منه قبل الردة وما كسب بعدها • لأن تعلق الدين بالمال إنما يكون بعد انقضاء الحكم به ، فكذلك الديون سواء فى تعلقها بالمال •

(ثانيهما) أنه إذا عاد المرتد إلى بلاد الإسلام مسلماً بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب ، فإن ما يجده من أمواله قائماً يبقى على ملكه ، وما هلك أو استهلك لا يضمن ، لأن من استهلكه قد استولى عليه بحكم قضائى محترم ، فليس معتدياً ، وإذا انتفى الاعتداء فلا ضمان ، ومثله فى ذلك مثل المفقود إذا حكم بسوته ، ثم ظهر حياً ، فما وجده من ماله قائماً أخذه ، وما وجده هالِكاً أو مستهلكاً لا يضمنه الورثة ، ومثل المستهلك ما تصرف فيه الوارث تصرفاً شرعياً أخرجه به عن ملكه فإنه لا يعود •

٩٣ - هذا هو حكم المرتد لا يرث ، ويورث عنه ماله فى الصلوات التى ذكرناها ، وبالشروط التى بينها ، وقانون الميراث فى صيغته النهائية لم يتعرض لحكم المرتد لا سلباً ، ولا إيجابياً ، وإذا كان كذلك ، فإنه يرجع فيه إلى مذهب أبى حنيفة ، وهو أنه لا يرث من غيره ، وذلك متفق عليه عند جمهور الفقهاء ، ويورث عنه ماله الذى اكتسبه قبيل الردة ، وما اكتسبه بعدها يكون لبیت المال - كما هو رأى أبى حنيفة - خلافاً للمصالحين ، إذ لم يذكر الفقهاء ترجيحاً لأحد الرايين ، فكان الراجح ما دام لا نص على الترجيح هو رأى أبى حنيفة ، كما هو مقرر فى المذهب الحنفى والترجيح فيه •

ولكن قانون الميراث وهو منسروع قد نص فيه على أن المرتد لا يرث .
وأن ماله يكون للخزاة العامة من غير تفرقة بين ما اكتسبه قبل انردة وما اكتسبه
بعدها ، ومن غير تفرقة بين الذكر والأنثى : ولجنة الشئون التشريعية بمجلس
النواب هي التي حذفت ذلك النص ، وقامت في ذلك :

« اعترض بعض أعضاء اللجنة على الفقرة الخاصة بإرث المرتد . وتمسكوا
بمخالفتها للمادة (١٢) من الدستور التي تكفل حرية الاعتقاد للجميع . وقالوا
انه إذا كانت الضرورة تقتضت مخالفة النص الصريح "تُورَد بالقرآن")
والذى يقضى بقتل المرتد ، لمخالفته لنص الدستور الصريح : فإن الضرورة أيضا
نقتضى مخالفة الأحكام الشرعية الخاصة بإرث المرتد . لأنها وردت مشبعة بترك
الروح الدينية التى ظهر أنها تخالف الدستور . ومما هو جدير بالملاحظة
أن تلك الاحكام وضعت باجتهاد الفقهاء ، وبالتالي ليس لها من القوة ما
لنص القرآن الكريم ، وقد عنيت وزارة العدل بهذا الاعتراض . وأوضحت
على لسان أحد حضرات مندوبيها أن عدم إرث المرتد من غيره متفق عليه
شرعا . ولا يصح أن يكون محل مناقشة . أما إرث غيره منه . فسيوضح عند
نظر قانون الأحوال الشخصية » .

وترى من هذا أنه قد حذف النص مع بقاء العمل بالراجح من المذهب
الحنفى إلى أن يوضح خلافه .

١ - أصحاب الفروض

٩٤ - ذكرنا أنه يبدأ بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا بأصحاب
انفروض من الورثة . وهم اثنا عشر : الزوجان ، والأب . والأم ، والبنات ،
وبنات الابن ، والجدة الصحيح . والجدة الصحيحة . والأخوات الشقيقات .
والأخوات لأب والإخوة لأم . والأخوات لأم ، وبعض هؤلاء لا يحجب حجب
حرمان (٥٩) قط ، وهم الزوجان ، والأب والأم . والبنات ، والآخرين يجوز

(٥٨) الصواب الوارد بالحديث ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « من
بدل دينه فاقتلوه » .

(٥٩) تجرى على السنة الفقهاء كلمات ثلاث هي : حرمان ، وحجب حرمان ،
وحجب نقصان ، ولكل كلمة معنى اصطلاحى خاص ، فالحرمان أن يكون ثمة مانع
من موانع الإرث كالقتل . واختلاف الدين ، ويسمى الشخص محروما . والمحروم
لا يؤثر في نصيب غيره عند الحنفية فإذا كان للزوجة المنوفاة ابن غير مسلم أو قاتل =

أن يحجبوا حجب حرمان ، ولنبتدىء بعون الله تعالى ببيان حال كل فريق من هؤلاء . وما يستحقه ، والسند الشرعى لبيان فرضه ، وشروط استحقاقه ، ونحوه حجب حرمان أو حجب نقصان •

ميراث الزوجين

٩٥ - نصيب الزوجين نص عليه القرآن بقوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد - فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين • ولهن الربع مما تركتم أن لم يكن لهن ولد ، فإن كان لهن ولد ، فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين » •

فدللت هذه الآية الكريمة على أن الزوج يأخذ نصف ما تتركه زوجته ، إن لم يكن لها ولد ، فإن كان لها ولد استحق الربع فقط ، والزوجة تأخذ الربع إذا لم يكن لزوجها المتوفى ولد ، فإن كان له ولد استحققت الثمن •

وتنفرد الواحدة بالربع أو الثمن ، ويشترك فيه الأكثر من واحدة • فيشترك فيه الزوجتان والثلاث والأربع •

والولد هو من ينتسب إلى المتوفى ذكراً كان أو أنثى ، والذين ينتسبون إلى المتوفى من فروعه هم أولاده الصليبيون المباشرون ذكراً كانوا أو إناثاً ، وفروع بناته ، أما فروع بناته فإنهم لا ينتسبون إليه ، بل ينتسبون إلى غيره ، ولذلك قيل :

بنونا بنو أبائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

ولذلك قال الفقهاء أن الفرع الذى ينقل نصيب الزوج من النصف إلى الربع ، والزوجة من الربع إلى الثمن ، هو الفرع الوارث ويقصدون به صاحب الفرض أو العصب ، أما إذا كان من ذوى الأرحام فلا ينقل •

والفرع الوارث الذى يؤثر ذلك التأثير يشترط ألا يقوم به مانع من موانع

= لا يؤثر فى نصيب الزوج • فلا ينقله من النصف إلى الربع ، وكذلك الزوجة • وحجب الحرمان إلا يستحق الوارث شيئاً لوجود من هو أولى منه كالأخ لأب مع الأخ الشقيق ، وهو يؤثر فى نصيب غيره • وحجب النقصان أن ينتقل النصيب من فرض إلى فرض ، كان ينقل الفرع الوارث نصيب الزوج من النصف إلى الربع •

الإرث ، فإن قام به مانع من موانع الإرث لا يؤثر في نصيب أحد الزوجين ، فلا ينقل نصيب الزوج من النصف إلى الربع . ولا نصيب الزوجة من الربع إلى الثمن . لأن المحروم بسبب وجود مانع من موانع الإرث يكون في حكم المعدوم ، فلا يكون له وجود شرعى يؤثر في نصيب غيره . فإذا كان نكزوجة المسلمة ابن غير مسلم ، أو كان هو الذى قتلها فإنه يعتبر كأنه معدوم . كأنه ليس ثمة شرع مطلقاً (١٠) .

وكذلك الشأن في كل ذى غرض يؤثر في نصيبه الفرع ، فإنه يشترط أن يكون ذلك الفرع لا تتوسط بينه وبين الميت أنثى ، وألا يكون محروماً بأن لا يقوم به مانع من موانع الإرث .

٩٦ — وميراث الزوجين سببه الزوجية كما قررنا . ولذلك يجب ان تكون قائمة عند الوفاة حقيقة أو حكماً . وقيامها حقيقة بأن يكون المتوفى منهما عند الموت زوجاً ، وتكون قائمة حكماً إذا كانت معتدة من طلاق رجعى وقت وفاتها أو وفاته ، أو يكون الشارح قد اعتبر المتوفى غاراً من الميراث وكانت العدة قائمة . وعلى ذلك تكون شروط الميراث بالزوجية اثنين .

(أحدهما) أن تكون الزوجية صحيحة . فإن كان انعقد فاسداً فلا توارث وإذا استمرت العشرة بمقتضاه إلى الوفاة . فمن عقد على امرأة ثم تبين أنها أخته من الرضاع . فلا توارث بينهما . وإن لم يعلم ذلك إلا بعد الدخول ، بل إن لم يعلم ذلك إلا بعد الوفاة ، لأن انعقد الفاسد لا يرتب عليه الشارح أى أثر من الآثار في ذاته لأنه لا يعترف بوجوده ، ولا يرتب عليه أى حكم من

(٦٠) جاء في أحكام القرآن لأبى بكر الرازى ما نصه :
« اختلف السلف في الحجب ممن لا يرث ، وهو أن يخلف الحر المسلم أبوين حرين مسلمين وأخوين كافرين أو مملوكين أو قاتلين . فقال على وعمر وزيد : للأم الثلث وما بقى فلأب . وكذلك المسلمة إذا تركت زوجاً . وأبناً كافراً . أو مملوكاً ، أو قاتلاً ، أو الرجل ترك امرأة . وأبناً كذلك لا يحجبون الزوج ولا المرأة عن نصيبهما الاكثر إلى الأقل ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ومالك والثورى والشافعى ، وقال عبد الله بن مسعود يحجبون وإن لم يرثوا . وقال الأوزاعى والحسن بن صالح : المملوك والكافر لا يرثان ولا يحجبان . والقاتل لا يرث ويحجب . وقال أبو بكر لا خلاف في أن الأب الكافر لا يحجب ابنه من ميراث جده ، وأنه بمنزلة الميت . فنكلك حكم حجب الأم والزوج والزوجة . »

الأحكام الشرعية التي تكون أثرا للعقد الصحيح ، وإن اعترف الشارع ببعض الأحكام التي تكون بسبب الدخول في العقد الفاسد أحيانا ، فالسبب الموجب لهذه الأحكام هو الدخول مع وجود الشبهة القوية المانعة لإقامة حد ، ولذلك يثبت النهر والعدة والنسب لمن يكون ثمرة هذا الدخول ، وفي حال ثبوت نسبه من العقد المتوفى يرث : وإن كانت أمه لا ترث .

ولا فرق في ذلك بين العنم بالسبب الموجب للفساد قبل الوفاة وبعدها ، لانه إن علم السبب الموجب لذلك - تبين أن الفساد لحق العقد من وقت وجوده . فلا يرتب عليه الشارع أى حكم من الأحكام ، إلا ما يوجب الدخول بشبهة قوية في بعض انعقود الفاسدة .

واعتبر العقد الفاسد غير مسوغ للميراث بسبب الزوجية يكون بين المسمين أي كان سبب الفساد عند الحنفية ، أى سواء أكان الفساد لتخلف شرط من شروط صحة العقد اللازمة للإنشاء فقط ، أم انتفى تكون لازمة للإنشاء والبقاء كالمحرمة . وسواء أكان سبب الفساد متفقا عليه أم كان مختلفا فيه ، ما دام قد تقرر في المذهب أن العقد فاسد .

هذا مذهب الحنفية ، وهو مذهب الشافعى وأحمد . وقال مالك أن سبب الفساد إن كان متفقا عليه بين الأئمة كزوج خامسة وفي عصمته أربع ، أو تزوج المحرمة رضاعا جاهلا سبب انتحريم فإنه لا توارث بين الزوجين سواء أ مات أحدهما قبل المتاركة والفسخ أم مات بعد المتاركة والفسخ .

وإن كان السبب الموجب للفساد غير متفق عليه كعدم النوى في زواج البانعة العاقلة فإن العقد إن عقد من غير وجوده يكون فاسدا عند الأئمة الثلاثة : ويكون صحيحا عند أبى حنيفة . ورواية عن أبى يوسف ، نفى هذه الحال وأشباهها إن كانت الوفاة بعد الفسخ فلا توارث لعدم قيام السبب الموجب للميراث ، إذ انتهت الزوجية ، وإن كانت الوفاة قبل الفسخ ، فإن الزوجية قائمة على رأى من يرى صحة الزواج ، فيكون الميراث لذلك ثابتا ، وكان مالكا يرى أن الزوجية المختلف فيها نفيا . موضع شك ، لأن ما يخالف فيه بعض الأئمة إنما يكون مبنيا على دليل ، ورأيه خطأ يحتمل الصواب ، ولا تنفى الزوجية مع هذا الاحتمال فيكون سبب الميراث قد قام .

٩٧ - هذا وقبل أن نترك الكلام في العقد الفاسد وبطلان التوارث بسببه

نقرر أن ذلك إنما هو في توارث المسلمين : أما غير المسلمين . فقد قسم الفقهاء الفساد قسمين يختلف أحدهما عن الآخر لاختلاف سبب ، وانقسم الأول الفساد بسبب تخلف شرط هو شرط للإنشاء والبقاء ، كأن تكون الزوجة محرمة على الزوج على سبيل التأييد . وهذا لا يقران عليه مطلقا إذا أسلما ، وانقسم الثانى أن يكون الفساد بسبب تخلف شرط هو شرط للإنشاء . وليس بشرط للبقاء ، ولذلك يقران على زواجهما إذا أسلما وقد كان عقدهما من غير شهود .

ولقد قال فقهاء الحنفية إنه إذا كان فساد عقد زواج غير المسلمين لا يقران عليه إذا أسلما فإنه لا يثبت به انتوارث . فإن ترافعوا إلينا لا نقضى بالميراث لأن القضاء يتضمن الحكم بصحة الزوجية حال النزاع ، وهى حال النزاع لا تصلح للحكم بصحتها : وإن كانا يقران على الزواج إن أسلما : لأن الفساد بسبب تخلف شرط للإنشاء لا للبقاء ، فإن ترافعرا إلينا فإننا نحكم بإجراء التوارث لأن العقد وقت التحاكم لا يوجد ما يمنع استمراره وبقائه .

هذا هو حكم التوارث بين الزوجين غير المسلمين إذا كان العقد صحيحا عندهم وقاسدا في نظر المسلمين ، وهذا الحكم هو المشهور في المذهب الحنفى حتى لقد قال صاحب المبسوط : أنه مجمع عليه بين الفقهاء في المذهب : أى أنه لا رأى سواه .

ولكن ذكر ابن عابدين في رد المختار قولاً ثانياً : وهو أن يجرى التوارث بين غير المسلمين ما دام العقد صحيحا عندهم من غير تفرقه بين عقد صحيح وغير صحيح عندنا ، ومن نظر إلى كون الفساد يقران عليه إذا أسلما . أو لا يقران ، وذلك لأن العبرة في قيام الزوجية النظر إلى ديانتهما ، فما دام الزواج جائزاً عندهم فالتوارث يجوز بناء عليه ، لأن التوارث ثمرة من ثمراته ، وهم يدينون فيما بينهم بما يعتقدون ، لا بما نعتقد .

وحجة القول الأول : أن التوريث بالزواج سببه الزوجية : وهى الزوجية الصحيحة في نظر المسلمين ، فلا بد أن يحكم الإسلام وقت إجراء الإرث بأن العقد يصلح للحكم عليه بالصحة في الجملة ، ما دام التوريث على أساس اننظام الإسلامى .

وقد ذكر ابن عابدين أن هذا القول هو الصحيح : وعندى أن المسألة

نُها أصل في الخلاف بين الأئمة في المذهب الحنفى ، وذلك لأن أئمة المذهب الحنفى حكموا بأن العقد الفاسد عندهم لتخلف شرط الإنشاء فقط لا نبطله إن تحاكموا إين ، في شأن الزواج أو أسلموا ، أما إن كان قد تخلف شرط للبقاء فنبطله إن احتكموا إيننا (لنحكم بشريعتنا) أو أسلموا ، لكن إن لم يتحاكموا في الزواج بل تحاكموا في آثاره فهل نحكم بها ؟ قال الأصحابان لا نحكم . لأن العقد في ذاته فاسد لا يقبل الصحة فلا نحكم بآثاره ، وقال أبو حنيفة إنهم إن تحاكموا في النفقة أو نحوها حكمنا بالنفقة . ويظهر أن كل آثار النكاح كالنفقة ، وذلك لأن العقد ما دام يدينان به فهو معتبر وصحيح في ذاته عندهم . ولكنهم إن تحاكموا إيننا في شأنه حكمنا بشريعتنا لا بشريعتهم نقوله تعالى « فاحكم بينهم بما أنزل الله » فنبطل العقد متى كان موضوع النزاع هو الزواج نفسه ، أما إن تحاكموا في آثاره فإننا نسايرهم على اعتقادهم ما دام موضوع النزاع هو الأثر لا العقد نفسه . ولأن ذلك ناشئ عن تركهم وما يدينون •

وعلى ذلك نقول أن ما نقله ابن عابدين من أن التوارث يجرى بينهم في كل عقد فاسد عندنا ما دام صحيحا عندهم هو أشبه بقول أبى حنيفة رحمه الله ، والقول الآخر أشبه بقول الأصحابين ، وأنه بعد جعل قانون الميراث قانونا عاما يجرى التوارث بمقتضاه بين كل المقيمين بمصر ، يكون القول الأخير هو الأقوى : ويجب أن يجرى العمل على مقتضاه ، فلا ينظر القاضي في صحة الزواج عندنا ما دام صحيحا عندهم : وإنما يجرى انتوارث من غير نظر وراء ذلك •

٩٨ — وثائى الشرطين قيام الزوجية عند الوفاة ، وقيامها بأن تكون الوفاة وهما زوجان أو تكون عدة من طلاق رجعى ، فإذا توفي الزوج وهى مطلقة طلاقا رجعيا ، ولم تكن العدة قد انتهت ورثت منه ، وكذلك إذا توفيت وهى في العدة ، وذلك لأن الطلاق الرجعى لا يزيل ملك النكاح فلا يمنع التوارث •

أما إذا كان الطلاق بائنا فإنه لا توارث ولو كانت الوفاة في حال العدة إلا إذا كان من تولى سبب الفرقة قد اعتبر غارا من الميراث •

ويعتبر غارا إذا كانت الفرقة من قبل من مات ، وهو مريض مرض الموت بغير رضا الطرف الآخر ، وعلى ذلك إذا طلق المريض مرض الموت امرأته ، وكان طائعا مختارا في طلاقها ، وكان الطلاق بغير رضاها ، وكانت مستحققة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة ، فإنه يعتبر غارا من الميراث بهذا الطلاق البائن في مرض الموت . فلو كان مكرها بالطلاق على فرض أن طلاق المكره يقع (على

ما هو مذهب الحنفية - وهو خلاف المعمول به (فإنها لا تترث ، وكذلك إذا كان الطلاق بطلبها ، وثبت الطلب ؛ أو كان الطلاق على مال . فإنه لا يعتبر غارا ، لأن طلبها أزال مظنة الفرار . وإن كانت غير مستحقة للميراث وقت الطلاق وصارت مستحقة له وقت الوفاة لا يعتبر غارا أيضا . كان كانت غير مسلمه وقت الطلاق ، ثم أسلمت بعد الطلاق . فإنها لا تكون مستحقة للميراث وإنما زالت مظنة الفرار في هذه الحال ، لأنها عند انطلاق لا يتصور ميراثها منه لاختلاف الدين . فلا يتصور غارا من أمر غير متوقع . ثم لا بد من استمرار الصلاحية للميراث إلى وقت الوفاة ؛ فلو كانت مسلمه عند الطلاق ثم ارتدت . ثم عادت إلى الإسلام لا يعتبر الزوج غارا . لأنها باربداها أسقطت حقها في الميراث . والساقط لا يعود .

وإذا توافرت الشروط لتحقق مظنة الفرار . وماتت وهي في العدة . فهي ترثه ، وهذا هو رأي الحنفية وهو أوسط الآراء وعليه يسير العمل .

٩٩ - وقد خالف في ذلك الأئمة الثلاثة ، ولكل رأي منفرد . فالشافعي رضى الله عنه قال أنها لا تترث كالمطلقة طلاقاً بائناً في الصحة . لأن الزوجية قد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت ، وهي سبب التوارث بين الزوجين فلا سبب للتوارث ؛ ولو ماتت وهي في العدة فلا عبرة بمظنة الفرار . لأن أحكام الشريعة لا تتناط بالنيات الخفية ، بل تتناط بالأسباب الظاهرة . والسبب الظاهر قد زال بعمل من يملك إزالته . فلا عبرة بنيته .

وحجة الحنفية فعل الصحابة ، وأن الزوجية وهي سبب الميراث قد أزالها بقصد إبطال حقها في الميراث فيرد عليه قصده ما بقيت العدة لبقاء آثار الزوجية ، فجعلت آثار الزوجية قائمة مقامها حتى لو انتهت العدة تكون الزوجية وآثارها قد زالت ، فلا يكون ثمة سبب شرعى .

وقال أحمد بن حنبل أن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض المطلق الذي قصد بطلاقه الفرار من الميراث يكون لها الحق في الإرث . ولو انتهت العدة ، فلو مات بعد انتهائها ترثه إلا إذا كانت قد تزوجت قبل موته ، وذلك ليرد عليه قصده فترث ما لم يوجد مانع يقطع فرض الزوجية بينه وبينها قطعاً تاماً ، وذلك بأن تتزوج من غيره قبل موته . لأنها بتزوجها من غيره لا يمكن تصور قيام الزوجية الأولى التي تترث بها ، إذ لا يتصور أن تكون لها زوجية من اثنين ، وعلى ذلك الرأي أبى ليلى من فقهاء العراق .

وقال ملك أن حقها في الإرث لا ينقطع ، ولو تزوجت قبل موته لأن القصد لأثم مردود على صاحبه إذا قامت القرائن المثبتة له ، وقد قصد حرمانها من الميراث غيرد عليه قصده ، بثبوت حقها من غير زوال كما لو لم يطلقها (١١) •

ومثل الطلاق كل غرقة تكون من قبل المريض ، ويموت بعدها ، وهي في العدة - كالمعان والارتداد ، والتفريق بخيار الإغاة •

والفرقة التي تكون من قبل المرأة وهي مريضة مرض الموت . يثبت معها الميراث إن ماتت وهي في العدة ، وفعلت ما أوجب الفرقة طائفة مختارة بغير رضا زوجها ، كان ارتدت أو اختارت نفسها بخيار الإغاة أو فعلت مختارة بأحد أصوله أو فروعه ما أوجب حرمة المصاهرة ، فإنها تعتبر غارة من الميراث ويستحق زوجها الميراث ، إن ماتت وهي في العدة ، لأنها قصدت الحرمان من الميراث بفعلها . غيرد عليها قصدها •

ميراث أولاد الأم

١٠٠ - أولاد الأم هم الإخوة لأم والأخوات لأم ، ويستحقون في الميراث بالفرض . وفرض الواحد سواء أكان ذكراً . أم كان أنثى - السدس ، وفرض الأكثر من واحد ذكراً كانوا أو إناثاً ، أو مختلطين الثلث مهما يكن عددهم ، والذكر والأنثى فيه سواء فتكون حصة الأنثى مساوية لحصة الذكر ، فإذا كان للمتوفى أخ لأم وأخت لأم ، فهما سواء في الثلث يقتسمانه بينهما نصفين ، وإن كانوا ثلاثة إحداهن أنثى قسموه بينهم ثلاثاً ، وهكذا ، وشروط استحقاق أولاد الأم :

(١) ألا يكون هناك فرع وارث عن أصحاب الفروض أو العصباء ، وهو ولد المتوفى ، وولد ابنه ، أو ابن ابنه ••• إلخ •

(٦١) بينت الميراث بالزوجة المادة الحادية عشرة . وهذا نصها : « للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد وولد الابن وإن نزل . وللزوجة ولو مطلقة رجعيًا إذا مات زوجها ، وهي في العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد أو ولد الابن وإن نزل ، والثلث مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وتعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترد بالطلاق ، ومات المطلق في ذلك المرض . وهي في العدة » .

(ب) ألا يكون هناك أصلٌ مذكّر وارث : بألا يكون هناك أب ولا جد صحيح وإن علا •

وعلى ذلك يجب الإخوة لأم والأخوات لأم — الأب والجد الصحيح والفروع الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، فلا يرثون مع هؤلاء شيئاً قط ، ويجبونهم حجب حرمان ، وذلك لأن القرآن الكريم سمى ميراثهم ميراث كلاله ، والكلالة هي القرابة التي لا تكون من عمود النسب . فشرط ميراثهم ألا يكون أحد من عمود النسب •

١٠١ — والأصل في ميراث أولاد الأم قوله تعالى : « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس » وإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين : غير مضار وصية من الله ، والله عليم حكيم •

والمفسرون على أن الكلاله المذكورة في القرآن هو الميت الذي ليس له والد ولا ولد ، وإن ذلك هو التفسير المأثور عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فقد روى عنه عليه السلام أنه قال لرجل سأل عن الكلاله : « من مات وليس له والد ، ولا ولد ، فورثته كلالة » وترى من هذا أن الرسول صلوات الله وسلامه عليه فسر الكلاله بحال الميراث التي يكون فيها الوارث غير الوالد والولد •

ولكن كلمة الكلاله ذكرت في موضعين في القرآن الكريم ، في هذا الموضع وفي موضع آخر ، في آخر سورة النساء في قوله تعالى : « قل الله يفتيكُم في الكلاله » وقد اتفق الصحابة على أن الأخوات والإخوة المذكورين في الآية الأولى أولاد الأم ، كما اتفقوا على أن المراد بالأخ والأخت المذكورين في آخر السورة الأشقاء أو لأب •

ثم إن كلمة الوالد في هذا المقام تشمل كل أصل مذكّر لا تتوسط بينه وبين الميت أنثى ، وكلمة ولد تشمل كل من ينتسب إلى الميت من غير أن تدخل في نسبته إليه أنثى على ما بينا •

ثم إن التعبير بكلمة : « فهم شركاء في الثلث » في الآية الكريمه يدل على التسوية بين الذكر والأنثى : لأن الشركة إذا اطلقت كانت على التساوى . فهي في ذاتها تدل على التساوى المطلق •

١٠٢ - هذا ويلاحظ أن الأخوات والإخوة والأشقاء يرثون بوصف كونهم إخوة أو أخوات لأم ، إذا كانوا لا يرثون بوصف كونهم أشقاء ، بأن كان ميراثهم على ذلك الوصف : على أنهم يأخذون الباقي بالتعصيب ، ولا يكون في المسألة باق ، بينما يكون أولاد الأم قد أخذوا الثلث ، فإنهم في هذه الحال يأخذون معهم بوصف كونهم أولاد أم ، لأنهم أولاد أب وأم . وبهذا الوصف يكونون عصبة ، فإذا لم يعطهم ذلك شيئاً أخذوا باعتبارهم أولاد أم فقط ، وتسمى المسألة التي تكون على هذه الحال المسألة المشتركة ، وسنبينها في موضعها إن شاء الله تعالى (٣٦) .

ميراث البنات

١٠٣ - جمعت أحكام ميراث البنات الصليبات أى بنات المتوفى مباشرة هذه الكلمات الكريمة : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك . وإن كانت واحدة فلها النصف » .

فهذه الكلمات الكريمة تدل على أن أحوال البنات الصليبات ثلاث :

أولها - أن يكون معهن ابن صلبى أو أبناء ، وفي هذه الحال يكون الجميع عصبه للذكر مثل حظ الأنثيين . أى يأخذون مع الأبناء الباقي بعد أصحاب الفروض على أن يكون للذكر ضعف ما للأنثى ، وهذا ما ذكر أولا في الآية الكريمة .

وثانيها - أن يكن نساء فوق اثنتين فقط ، وفي هذه الحال يكون لهن ثلثا التركة على ألا يكون معهن ذكر يعصبهن ، وإلا كانت الحالة الأولى ، والآية صريحة في أن ما فوق اثنتين يأخذن الثلثين ، أما الثلثان فاستحقاقهما الثلثان يفهم ضمنا من حكم الأخوات الشقيقات في قوله تعالى : « فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك » ، فإذا كانت الأختان إذا لم يكن من يعصبهن تأخذان الثلثين ، وقرابتهن بالمتوفى دون قرابة البنات يكون البنات بالأولى مستحقتين الثلثين ، فالقرآن الكريم قد حذف في آية البنات حكم حالة الثلثين منهن ، لأنه يفهم

(٦٢) بينت حكم أولاد الأم المادة (١٠) ، وهذا نصها : « لأولاد الأم فرض السدس للواحد ، والثلث للاثنتين فأكثر ، نكورهم وانثهم في القسمة سواء ، وفي الحالة الثانية إذا استغرقت الفروض التركة يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الإخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم على الوجه المتقدم » .

من آية الأخوات ، وهذا هو الإيجاز المحكم ، وسر الإعجاز .

وثالثها — انها تأخذ النصف إذا كانت بنتا واحدة : وهذا صريح الآية الكريمة : فقد ذكر في آخرها حكم هذه الحال (١٣) .

ويلاحظ أن البنات الصليبيات كالزوجين لا يحجب حجب حرمان قط فإذا استوفين شروط الميراث ، وانتفت موانعه فلا بد أن يأخذن شيئاً قل أو كثر .

١٠٤ — قد رأيت في أحوال الثانية للبنات الصليبيات أنهن يأخذن الثلثين إن كن نساء فوق اثنتين ، كما هو صريح الآية الكريمة ، وإذا كانت اثنتان فقط قلنا أنهما تأخذان الثلثين أيضاً استنباطاً من آية الأخوات الشقيقات . وهذا رأى جمهور الفقهاء . وهو مأخوذ من القرآن . والحديث والقياس . ومن غتاوى جمهور الصحابة ، ولكن روى أن ابن عباس رضى الله عنهما قال أن الاثنتين من البنات لا تأخذان الثلثين ، بل تأخذان النصف فقط . واحتج بأن الآية قد نصت على حكم الأكثر من اثنتين . وعلى الواحدة . فأعطت ما فوق الثلثين ، وأعطت الواحدة النصف ، فإذا أعطيت الاثنتان الثلثين فقد خالفت الآية ، ولم يبق إلا أن تعطيا الأدنى .

وحجة الجمهور (أ) ما ذكرنا من أن آية الأخوات قد ذكرت أن اثنتين تأخذان الثلثين . وبدلالة النص يثبت ذلك للبنتين ، لأنهما أقرب للمتوفى ، وأحق بالوراثة . وليس من المعقول أن تأخذ الأختان الثلثين : وتأخذ البنتان النصف .

(ب) أن الله سبحانه وتعالى جعل نصيب الابن ضعف نصيب البنت ، فلو كان له ابن وبنت يكون الثلثان للابن ، والثلث للبنت : وإن هذا يتضمن أن البنتين لهما الثلثان : إن لم يكن سواهما ، لأنه جعل نصيب الابن كالبنتين ، وقد استحق الثلثين عند اجتماعه مع إحداها فتستحقانه معا ، لقيامهما مقامه .

(٦٣) قد بينت أحوال البنات وبنات الابن المادة (١٢) وهى تبين حال الفرض دون التعصيب . وتركت حال التعصيب للمادة ١٩ . وهذا نص المادة ١٢ : مع مراعاة حكم المادة ١٩ (١) للواحدة من البنات النصف وللأثنتين فأكثر الثلثان . (ب) ولبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع البنت أو مع بنت الابن الأعلى درجة .

(ج) ولأن البنت مع الابن تأخذ الثلث ، ويأخذ هو الثلثين باعتبار هذا نصيب اثنتين فلا يمكن أن يقل نصيبهما عن ذلك إذا وجدت بنتان ، ولو جعلنا نصيبهما النصف لقل عن ذلك ، وهذا غير معقول .

(د) روى جابر أنه « جاءت امرأة من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ببنتين لها . فقالت : يا رسول الله هاتان بنتا ثابت بن قيس قتل معك يوم أحد ، ولم يدع لهما عمهما مالا إلا أخذه ، فما ترى يا رسول الله ؟ فقال لا تنكحان أبداً إلا ولهما مال ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يتخى الله في ذلك . فنزلت من سورة النساء : « يوصيكم الله في أولادكم تذكر مثل حظ الأنثيين » الآية ، فقال صلى الله عليه وسلم : ادعوا لى المرأة ومساحيها . فقال لعمهما : أعطهما الثلثين ، وأعط أمهما الثمن » .

فدل هذا الحديث بصريحه على أن الاثنتين من البنات نصيبهما الثلثان وعلى أن ذلك قد تضمنه القرآن الكريم ، وليس وراء ذلك مجال للاستنباط .

ولقد ذكر بعض العلماء أنه قد انعقد الإجماع على ذلك من بعد عصر الصحابة ، فلا مجال للمخالفة^(٦٤) ، وفي الواقع أن رواية خلاف ابن عباس في هذا موضع نظر : فإننا لا نصب أن خبر هذه الأمة تخفى عليه مثل هذه القضية ، ولقد روى الجصاص هذه الرواية وجعلها موضع نظر ، فقد قلنا : ثم يخالف في ذلك أحد إلا شيئاً روى عن ابن عباس أنه جعل للبنتين النصف ، كصيب الواحدة .

ميراث بنات الابن

١٠٥ — اتفق العلماء على أن أولاد الابن يطلق عليهم اسم أولاد ، ولكنه يكون إطلاقاً مجازياً لا إطلاقاً حقيقياً ، ولا يصار إلى المجاز ما أمكن إطلاق اللفظ على حقيقته ، ولذلك قرر العلماء أن بنات الابن ، وإن نزل أبوهن يأخذن حكم البنات . إن لم يكن ثمة أولاد صليبيون للمتوفى ، لأنه في هذه الحال يحمل نص الشارع الكريم على الأولاد المجازيين ، إذ لم يمكن حمله على الأولاد الحقيقيين ، ومثل ذلك مثل المواقف إذا قال وقفت على أولادى ، ولم يكن أولاد

(٦٤) قد ذكر هذا الخلاف وبك الأدلة أبو بكر الرازى في احكام القرآن

ج ٣ ص ٨١ . ٨٢ . ٨٣ .

صليبيون ، وله أولاد ابن ، فيحمل اللفظ على أولاد الابن ، إذ لم يمكن إطلاق اللفظ على معناه الحقيقي ، فيطلق على المعنى المجازي .

ولذلك اتفق الصحابة على إعطاء بنات الابن ، في الأحوال أنثلاث السابقة التي ذكرناها للبنات الصليات ، إذا لم يكن لثمة أولاد صليبيون قط ذكورا كانوا أو إناثا ، أو لم يكن لثمة بنت ولا ابن ، واتفق الفقهاء من بعدهم على ذلك .

وعلى ذلك تكون لبنت الابن عند عدم وجود أولاد لثمة مطلقا الأحوال السابقة مع حالين آخرين ، والأحوال كلها هي :

(أ) النصف إذا انفردت ، بشرط ألا تكون بنت صلبية ولا ولد صلبى ، كما ذكرنا ، أي كانت درجة بنت الابن ، أى سواء أكانت قربة ، أم كانت بعيدى ، أى سواء أكان أبوها ابنا أو ابن ابن قريبا أو بعيدا بشرط ألا تكون هناك طبقة أعلى منها ، كبنت ابن ابن ، مع ابن ابن ، فإنها لا ترث لأنه أعلى منها ، فكان بالنسبة لها كالابن الصلبى .

(ب) أن تكون هناك اثنتان فأكثر ، فيكون لهما الثلثان ، بشرط ألا يكون هناك أولاد صليبيون .

وسواء أكان أبوهن قريبا أم كان بعيدا ، بشرط ألا يكون هناك أولاد ابن أعلى منهن ، فإن كان هناك أولاد ابن أعلى منهن ، فإن حكمهن يكون كحكم بنت الابن القريبة إذا كان هناك أولاد صليبيون ، لأن منزلة أولاد الابن الأقربين من غيرهم ، كمنزلة الأولاد الصليبيين من غيرهم ، فإذا كان هناك بنتا ابن ابن ، وبنتا ابن ، كان الحكم كما لو كان هناك بنتان وبنتا ابن ، لأن النسبة بين بنتى الابن ، وبنتى ابن الابن كالنسبة بين بنتين ، وبنتى الابن ، فيثبت حكم هذه الحال لما يشبهها بمقتضى القياس الفقهي ، الذى يوجب تماثل الأحكام عند تماثل الأحوال .

(ج) إذا كانت هناك بنت صلبية ، وبنت ابن أو بنات ابن ، قرب أبوهن أو بعد ، فإنه فى هذه الحال يكون للبنت الصلبية فرضها ، وهو النصف ، ويكون لبنات الابن السدس تنفرد به الواحدة ، ويشترك فيه الأكثر من واحدة ، وشرط هذه الحال ألا يكون هناك ابن ابن فى طبقات بنات الابن ، لأنه إن كان يكون نصيبهن معه للذكر مثل حظ الأنثيين كما سنبين فى الطال الآتية .

وكان نصيب بنت الابن السدس مع البنت الصلبية المستحقة للنصف ، لدليل من الأثر ، ودليل من القياس ، أما الأثر فهو ما روى أن عبد الله

ابن مسعود قال في مسألة ميراث كان فيها بنت ، وبنت ابن ، وأخت شقيقة ،
« أقضى بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم : لابنته النصف ، ولابنة الابن
السدس تكمة الثلثين ، وما بقي فلأخت من الأب والأم ، فدل هذا الأثر على
أن بنات الابن يأخذن السدس ، تنفرد به الواحدة ويشارك فيه الأكثر
من واحدة ، وإذا كانت هناك بنت صلبية أخذت النصف ، وقد نسب ابن
مسعود ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال إنه قضاء رسول
الله صلى الله عليه وسلم . »

وأما الدليل من القياس - فهو أن الشارع قد أعطى البنات الثلثين ، كما
هو نص الآية الكريمة : « فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » وليس
في مثل هذه المسألة إلا بنت واحدة صلبية ، فتستحق النصف المنصوص عليه ،
ولكن البنات لم يستغرقن ما خصص لهن في حال اجتماع النساء فاعتبرت بنت
الابن كبنت . لأجل استيفاء الثلثين ، وأخذت السدس ليستغرقن الثلثين ،
ولذلك يقال : هذا السدس تكمة للثلثين . »

ويجب التنبيه هنا إلى أن بنت الابن البعيد بالنسبة لبنت الابن انقريب ،
كبنت الابن مع البنت - أي أن بنت الابن القريب تأخذ النصف . وبنات الابن
البعيد يأخذن السدس تنفرد به الواحدة - وتشارك فيه الأكثر من واحدة
كما بينا من أن النسبة بينهما من حيث القرب إلى الميت واحدة ، فيكون الحكم
واحدًا .

(د) تكون بنت الابن عصبية إذا كان هناك ابن ابن في طبقته يعصبها فإذا
كان مع بنت الابن - ابن ابن في درجة واحدة ، سواء أكان أخاها أم ابن عمها ،
فإنه يكون للذكر مثل حظ الانثيين ، كالتشأن بالنسبة للبنات ، إذ ينطبق عليهن
قوله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فإن كن نساء
فوق اثنتين ، فلهن ثلثا ما ترك ، وإن كانت واحدة فلها النصف » وكان انطباق
هذه الآية لأنهم أولاد مجازيون ، فيعطون حكم الأولاد الحقيقيين ، كما بينا
في صدر الكلام . »

ويقول الفقهاء أن ابن الابن يعصب بنت الابن التي تكون في درجته ،
سواء احتاجت إليه ، أم لم تحتج إليه ، ومع عدم احتياجها إليه كانت
ترث لو لم يوجد معها كان يكون هناك بنت ، وبنت ابن ، وابن ابن ، فإنه

في هذه الصورة لو لم يكن معها ابن ابن لكانت تأخذ السدس تكمله للثلثين ، فيقال أنها ما كانت محتاجة إليه في الميراث . ولكنه يعصبها مع ذلك ، فيكون لأذكر مثل حظ الانثيين ، ومعنى احتياجها أنها ما كانت ترث لولا وجوده ، كان يكون في المسألة بنتان ، وبنت ابن ، وابن ابن ، فإنها في هذه الحال ما كانت تأخذ شيئا إذا لم يكن معها ، لأن البنات قد تستغرقن الثلثين ، فلم يبق لهما منهما شيء ، فإما وجد معها ابن ابن كانت عصبه به لأذكر مثل حظ الأنثيين .

هذا حكم ما إذا كان ابن الابن متحد الدرجة مع بنت الابن ، وإذا كان مختلف الدرجة ، فإن كان هو أعلى منها فإنه يحجبها حجب حرمان . ولا يعصبها ، كما بينا . وإن كانت هي أعلى منه ، بأن كانت أقرب إلى الميت منه . فإن كانت لا ترث إلا بالتعصيب أي أنه لو لم يعصبها لا ترث فإنه يعصبها في هذه الحال ، كأن يكون في المسألة بنتان وبنت ابن . وابن ابن ابن . فإنها تكون عصبه به لأذكر مثل حظ الأنثيين . لأنها محتاجة إليه ، وإن كانت ترث من غير حاجة إلى التعصيب ، كأن تكون المسألة بنتا ، وبنت ابن ، وابن ابن ابن . فإنها لا تكون عصبه به . بل يكون لها السدس تكمله للثلثين . ويكون هو عصبه يأخذ الباقي (٦٥) .

(٦٥) يرى من هذا أن جمهور الفقهاء جعلوا بنت الابن مع ابن الابن . كالبنيات مع الابن في حال ما إذا كن معه في درجة واحدة . وإن تفاوتت الدرجات حكموا بأنهن ينتفعن من ابن الابن إذا كان دونهن في الدرجة . وجعلوهن بمنزلة من يكن في درجته إن احتجن إليه ، وعلى هذا الرأي عامة الصحابة والتابعين ، ولكن روى عن ابن مسعود أنه قال : إذا كان بنات ابن وابن ابن في درجتها من غير أن يكونوا أولادا صليبين لا ذكورا ولا إناثا تكن عصبه به لأذكر مثل حظ الأنثيين . وإن كانت هناك بنات صليبيات ، فإن كانت واحدة وكان مع بنت الابن ابن ابن تأخذ أبخس القدرين السدس أو التعصيب ، فإذا كانت بنات الابن اثنتين ، مع ابن ابن واحد أخذتا السدس ، لأنه أبخس القدرين . إذ بالتعصيب يأخذن الربع ، وإن كانت البنات الصليبيات أكثر من واحدة واستحققتن الثلثين حجب بنات الابن حجب حرمان فلا يعصبهن ابن ابن ولو كان في درجتهن ، وذلك لأن بنات الابن لو انفردن مع البنتين ما أخذن شيئا ، لأنهن محجوبات . وابن الابن لا يزيل ذلك الحجب ولو كان في درجتهن . ولأن النساء اللاتي يصرن عصبه بالغير يكن أصحاب فروض من غير وجود الذكر الذي يعصبهن ، وما كن كذلك قبل وجوده ، ولأن التعصيب الغرض منه ألا تزيد الأنثى من الذكر ، فجعل لتستمر النسبة لا لتستفيد الأنثى ، فكان من اللازم ألا يأخذن أكثر من السدس قط عند أخذهن السدس والا يأخذن شيئا إن كانت بنتان .

وقد توجد حال يعصب ابن الابن من هي في درجته ، ومن هو أعلى منه كأن تكون المسألة هكذا : بنتان ، وبنت ابن ، وبنت ابن ابن ، وابن ابن ابن فإنه يعصب العلياً ، لأنها احتاجت إليه ، ويعصب من هي في درجته ، لأنهما يجتمعان في درجة واحدة ، فيكون الثلاثة عصباً للذكر مثل حظ الأنثيين (٦٦) •

(هـ) الحال الأخيرة هي حجب بنات الابن ، فيحجب حجب حرمان بوجود الابن ، وكذلك بوجود ابن ابن أعلى منه ، فإذا كان للمتوفى بنت وابن وبنت ابن لا يأخذ شيئاً لوجود الابن ، وكذلك إذا كان لأميت ابن وابن وبنت ابن ، فإنه لا تأخذ شيئاً لوجود ابن ابن أعلى منها ، وذلك لأن شرط ميراث أولاد الابن الا يكون هناك أولاد صبيون ، لأنهم يرثون بوصف كونهم أولاداً مجازاً ، ولا يتحقق ذلك المجاز ما أمكنت الحقيقة ، فلا يستحقون عند وجود الابن شيئاً ، وأخذت بنت الابن مع البنت لعدم استغراق البنت كل التركة ، أما إذا كان هناك ابن ذكر ، فإنه مع أصحاب الفروض يستغرق كل التركة فلا يبقى شيء من بعده •

وابن الابن بالنسبة لمن دونه في الدرجة كبنت ابن ابن — بمنزلة الابن ، فيحجبها بالتقياس على الابن (٦٧) •

هذا ويلاحظ أن الابن أو ابن الابن إذا كان به مانع من موانع الإرث لا يحجب بنت الابن ، ولا يحجب غيره حجب حرمان ، ولا حجب نقصان لأن الممنوع ويسمى المحروم يعد في حكم المعدم عند جمهور الفقهاء ، فلا يؤثر في نصيب غيره بالحجب ، لا حجب حرمان ولا حجب نقصان على ما هو مقرر •

(٦٦) تعصيب ابن الابن الأدنى لمن أعلى منه من بنات الابن هو قول المتقدمين من فقهاء الحنفية . وقال بعض المتأخرين لا يعصب الأسفل العليا قياساً على البنت مع ابن ابن ، فإنه لا يعصبها قط ، فذلك بنت الابن مع ابن ابن الابن .

(٦٧) هذا المسلك ، وهو أن الابن يحجب كل أولاد الابن والبنت لا تحجبهن ، بل يأخذن منها إما السدس وإما الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين هو مسلك الجمهور ، أما الشيعة الإمامية فإن البنت عندهم تحجب أولاد الابن ، لأنها من الطبقة الأولى . وأولاد الابن من الثانية ولا يأخذ أحد من الطبقة الثانية ما بقي واحد من الأولى ، وعلى ذلك تأخذ عندهم البنت النصف فرضاً ، والباقي رداً ، ولا شيء لمن يعصبها ،

ميراث الأخوات الشقيقات

١٠٦ — تسمى الإخوة الأشقاء والأخوات آولاد الأعنان لقوة قرابتهم من الميت ، لأنهم يشتركون معه في الأب والأم ، فكأنهم من ذاته وعينه ، ونتكلم هنا عن أحوال الأخوات ، ونذكر ما يتصل بها من أحوال الإخوة •

وأحوال الأخوات الشقيقات خمس على ما يذكره الفرضيون •

أولاهما — أن تأخذ الواحدة منهن النصف ، وذلك إذا انفردت ، ولم يكن ثمة من يحجبها ، وثبت ذلك الفرض بالنص القرآني ، وهو قوله تعالى :

« يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ، إن امرؤ هلك ليس له ولد ، وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » ، فالفقرة الأولى من الآية الكريمة تدل على حكم هذه الحال وهي النصف ، وقد اتفق العلماء أن الكلالة هنا تشمل الأشقاء ولأب ، ولا يدخل في عمومها أولاد الأم ، لأن قوله تعالى : « إن كان رجل يورث كلالة أو امرأة ، وله أخ أو أخت » إلخ • خاصة بأولاد الأم كما فسر الصحابة عن النبي صلى الله عليه وسلم •

الحالة الثانية — أن الأكثر من واحدة يأخذن اثنتين كما ورد في الآية الكريمة ، بيد أن الآية قد تعرضت لحكم اثنتين • ولم تبين الأكثر من اثنتين ، ونقول أنه قد فهم من الآية التي تبين نصيب الأولاد ، وهي قوله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » لأنه إذا كانت البنات اثلاث فأكثر وقرابتهن بالمتوفى أكثر من الأخوات لا يأخذن إلا الثلثين ، وبالأولى الأخوات الشقيقات لا يأخذن قط أكثر من الثلثين •

ومن هذا يتبين أن آية الأخوات حذف منها ما يفهم ضمناً من آية البنات ، وآية البنات حذف منها ما يفهم من آية الأخوات ، وهذا هو الإيجاز الوافي •

الحال الثالثة — أن يكون مع الأخت الشقيقة أو الأخوات الشقيقات أخ

شقيق - فيكون لمن معه الباقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، أى أنهم يصرن عصبه به ، وهذا هو ما جاءت به الفقرة الثانية من الآية الكريمة التى تلونها .

الحال الرابعة — أن تكون الأخت الشقيقة أو الأخوات الشقيقات عصبه مع الغير ، وذلك يكون إذا كان ثمة أخت شقيقة أو أخوات شقيقات ، وليس معهن أخ شقيق . وكان الميت قد ترك فرعاً وارثاً مؤنثاً ، فإن الفرع الوارث يأخذ فرضه ، والأخت الشقيقة أو الأخوات الشقيقات يأخذن الباقي على أنهم عصبه . فإذا كان المتوفى قد ترك بنتاً . وبنت ابن ، وأختاً شقيقة . فإن البنت تأخذ النصف وبنت الابن تأخذ السدس على ما قدمنا ، والأخت الشقيقة تأخذ الباقي ، وإن كان مكانها أخوات شقيقات اشتركن فيه ، وهذا ما افتى به عبد الله بن مسعود ، وقال إنه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم^(٦٨) .

وفي هذه الحال تعتبر الأخت الشقيقة كأنها أخ شقيق من كل الوجوه . فتشترك مع الجد فى التعصيب على ما سنبين فى أحوال الجد ، وتحجب الأخ لأب كما لو كان هناك أخ شقيق ، وكذلك تحجب الأخت لأب ، وابن الأخ الشقيق . وهكذا سائر العصبات من بعد .

الحال الخامسة — من أحوال الشقيقات أن يحجبن حجب حرمان . ويحجبهن

(٦٨) خالف مذهب ابن مسعود الذى اخذ به الأئمة الأربعة وجهاً للفقهاء — الشيعة الإمامية والظاهرية ، فأما الإمامية ، فلأنهم يعتبرون البنت كالابن ، ولا يرث الإخوة ما دام هناك فروع للبيت وذلك بناء على قاعدتهم التى ذكرناها آنفاً ، من إن البنت كالابن على سواء وإن الفروع مقدمون على الحواشى .
وأما الظاهرية فقد أخذوا بفتوى عبد الله بن عباس التى تقول أن الأخت شقيقة أو لأب لا تكون عصبه بانفرادها قط ، لأن شرط ميراث الأخوات المنفردات ألا يكون ولد ، لقوله تعالى : « قل الله يفتيك فى الكلاله إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد » فاستحقاقها إنما يكون إن لم يكن ولد لا مذكر ولا مؤنث ، ولقد جاء فى المبسوط عن أبى مسلمة بن عبد الرحمن قال : سألت ابن عباس رضى الله عنه عن قريضة ابنة . وأخت فقلت : للابنة النصف . ولا شئ للأخت ، فقلت قد كان عمر رضى الله عنه يقول للابنة النصف وللأخت ما بقى ، فغضب وقال : أنتم أعلم أم الله ، قال الله تعالى : « إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت » وترى من هذا أن ابن عباس يفسر الولد بما يشمل الذكر والأنثى ، والجمهور يفسرونه بالابن لما رواه ابن مسعود ، ومثله رواه معاذ ، وبمثله كان يقضى عمر من غير تكريم من أحد .

الأب ، والفرع المذكور بالاتفاق ، أما الأب فلأنه يدين به ، ومن المقرر فقهاً أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث ، ولم يستثن من هذه القاعدة ألا أولاد الأم ، لأنهم يرثون مع وجود الأم . مع أنهم يدلون إلى الميت عن طريقها ، وكان الاستثناء عموم نص الآية وإجماع فقهاء المسلمين على ذلك بعد إجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ، وتكرر قضاء عمر رضى الله عنه بذلك من غير نكير من أحد .

وأما حجب الفرع المذكور للأخوات الشقيقات والإخوة : فلان القرآن الكريم في النص الذي أثبت ميراثهم : قيده بالأب يكون له ولد ، وفسروه بكونه مقصوراً على الفرع من الذكور المنسوب لمتوفى . وبأن يكون الميراث في حال الكلالة . وذلك إذا لم يكن فرع وارث ولا أب . واختلف العلماء في حجب الجد للإخوة الأشقاء . والأخوات الشقيقات ، فقال أبو حنيفة أنه يحجبهم ، لأن شرط ميراث الإخوة أن يكون ميراث كلاله ، والكلالة من ليس له أصل مذكر ولا فرع ، لأن الجد أب عند عدم وجود الأب ، ولأن قضاء كثير من الصحابة على ذلك . وكان العمل قبل قانون الموارث على ذلك الرأي .

وقال صاحبان مع جمهور الفقهاء أن الجد لا يحجب الشقيقات والأشقاء . ولا الإخوة لأب ، لأنه لا يدخل في الكلالة ، ولأن الأكثرين من الصحابة كانوا يرثون الأشقاء ولأب معه ، وسنبن ذلك الموضوع كاملاً عند الكلام في ميراث الجد ، كما سنبن عند ذلك ما عليه العمل .

١٠٧ - وهناك حالتان لا تترث فيهما الأخت بمقتضى الأحكام السابقة مع أنه لا حجب ، أى لا يوجد أب ولا فرع مذكر ، وهاتان الحالتان هما :

١ - إذا كانت عصبه بالغير أو مع الغير الفرع الوارث ، واستغرقت الفروض التركة كلها ، ولم يبق للعصبه شيء ، لأخذ الفرع الوارث الثلثين مع غرائض أخرى واستغراق التركة كلها . وذلك كأن يترك المتوفى زوجاً وبنتين ، وأماً وأختاً شقيقة ، فإن البنتين تأخذان الثلثين ، والزوج يأخذ الربع ، والأم تأخذ السدس ، فتكون المسألة عائلاً^(٦٩) ، ولا يبقى شيء للعصبه ، فلا تستحق شيئاً ، ولو كان معها أخ شقيق يعصبها .

(٦٩) المسألة العائلة هي التي تزيد فيها انصبه أصحاب الفروض على الواحد الصحيح ، كأن يكون هناك زوج وأم ، وأربع أخوات شقيقات ، فإن الزوج يستحق =

والثانية — ألا يكون هناك فرع وارث ، ولكنها عصبه بأخيها أو إختوتها ، واستغرقت الفروض المتركبة ، مثالها ان يكون أخ شقيق ، وأخت شقيقة ، وأخوان لام ، وأم ، وزوج ، فإنه في هذه الحال يكون للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللأخوين لأم الثلث ، ولا يبقى شيء للأخت الشقيقة وأخيها ، لاستغراق الفروض للمتركة كلها .

وفي المذهب الحنفي لا تأخذ الأخت ولا أخوها شيئاً في هذا الحال ، وكان هذا هو المعمول به قبل قانون الميراث ، فلما جاء ذلك القانون اختار الرأي الآخر ، وهو أن الإخوة الأشقاء يأخذون مع الإخوة لأم باعتبار أن الجميع من أولاد الأم ، إذا لم يستحق الأشقاء شيئاً بالتعصيب ، وفي هذه الحال يشترك أولاد الأم في الثلث ، على أن يكون الذكر مساوياً للأنثى ، كما هو الشأن في ميراث أولاد الأم ، ففي الصورة السابقة يقسم الثلث بين أربعة ، بدل أن يقسم بين اثنين ، وتكون القسمة متساوية .

ويلاحظ أن هذه المسألة وتسمى المشتركة التي يلغى فيها اعتبار الأب بالنسبة للأشقاء ، ويأخذون كأولاد الأم يجب لتحقيقها توافر امرين :

(أحدهما) ألا يكون ميراث الأشقاء بالفرض ، بل بالتعصيب ، لأنه لا يتحقق عدم الأخذ إلا بذلك ، وتثبت ولو كان العصبه أشقاء فقط ، وليس فيهم شقيقة ، ويكون استحقاقهم في هذه الحال على وجه أنهم من أصحاب الفروض ، وإن لم يعدوا من بينهم ، لأنهم يرثون كإخوة لأم .

(وثانيهما) ألا يستحق الأشقاء شيئاً قط ، فلو كانوا يستحقون شيئاً ولو قليلاً فإنهم لا يأخذون شيئاً بوصف كونهم إخوة لأم ، ولو كان هؤلاء يأخذون أكثر منهم .

٨٠ — والخلاف بشأن المسألة المشتركة مشهور بين الصحابة وبين التابعين ، ومن جاء بعدهم من الفقهاء المجتهدين ، ولقد قضى عمر رضي الله

= النصف والأم السدس ، والأخوات يأخذن الثلثين ، فلو فرض أن أصل المسألة (٦) وهو المضاعف أنبسط بين مقامات الكسور يكون للزوج ثلاثة أسهم وللأم سهم وللأخوات أربع ، فتعول المسألة إلى ثمانية ، وحينئذ تقسم التركة على عدد السهام العائلة ولا تقسم على أصل المسألة ، فينقص من نصيب كل وارث بمقدار عدد السهام الزائدة .

عنه فيها غصاين مختلفين ، غضى أولا بعدم إعطاء الأشقاء شيئا . وقضى ثانيا ، بإعطائهم كأولاد الأم . وألغى اعتبار الأب : وهذا آخر قضائه : ويعود رجوعا عن الأول : ولهذا نقول أن رأى عمر هو 'عقار الأشقاء فى هذه المسألة كأولاد الأم' .

ولقد روى عن ابن مسعود كذلك روايتان . أظهرهما نفى التشريك بين الأشقاء وأولاد الأم .

وإن رأى أبى حنيفة وأصحابه وأحمد هو نفى التشريك ومذهب مالك والشافعى إقباط هذه الشركة بين الأشقاء وأولاد الأم .

وحجة الرأى الأول أن أعطى كل ذى حق حقه : وجعل لكل فرض سببا ووصفا ثابتا ، ولا يصح إعطاء فرض لمن لا يقوم به سببه ، ولا يتحقق غيـه وصفه . فجعل الثلث الذى فرض للإخوة لأم لهم وللأشقاء معهم مخالف لما نص عليه القرآن . لعدم تحقق السبب الذى جعل أساسا للفرض . ولأنه لأجل إعطائهم كأولاد يجب إلغاء اعتباره قرابة الأب . وإلغاء القرابة الثابتة لا يتفق مع الحقائق الشرعية ، ولأن نقلهم من الميراث بالتعصيب إلى الميراث بالفرض نقل من الأقوى إلى الأضعف ، وذلك ليس بمعروف فى الشرع . ولذلك لم يمكن إشراك الإخوة لأب عند عدم بقاء شيء لهم وأخذ أولاد الأم مع أن قرابتهم أقوى ، فيكون مثلهم الأشقاء ، والأبن الإعطاء يكون بنص ولا نص وحسب هذا الرأى أنه أظهر الروايتين ، عن ابن مسعود ، وأن عمر أخذ به زمانا ، وأنه إحدى الروايتين عن زيد .

وحجة الرأى الثانى أن الأشقاء لهم صفتان : إحداهما أنهم أولاد الأم ، والثانية أنهم أولاد الأب ، وباعتبار الثانى كانوا عصبية : وغلب على الاعتبار الأول لأنه الأقوى ، والأضعف يذهب اعتباره بجوار الأقوى : ولكن لما لم يبق شيء باعتبار التعصيب ، صار هو الأضعف عملا . فغلب عليه الجانب الآخر ، لأنه صار الأقوى ، ولا يقاس على الأشقاء الإخوة لأب . لأنهم ليس لهم إلا وصف واحد : فإذا لم يعطهم شيئا فلا سبيل لأن يأخذوا بأى طريق آخر ، إذ لا يعدون بحال من الأحوال من أولاد الأم .

ولا شك أن الرأى الثانى أقوى دليلا وهو أشبه بالاستحسان ، والأول أشبه بالقياس . إذ أن القياس الظاهر أدى إلى ألا يأخذ أولاد الأب شيئا ،

وهذه نتيجة بلا شك لا تحسن في نظر الناس ، وفي المنطق الشرعي ، فأعمل
القياس الخفى : وهو الوصف المشترك بينهم وبين أولاد الأم ، فورثوا بهذا
الاعتبار ، وليس لأحد أن يجادل في تحقق هذا الوصف •

ميراث الأخوات لأب

١٠٩ - لأجل أن يعرف ميراث الأخوات لأب مع دليله والأصل الذى
يقوم عليه ميراثهم نذكر ثلاثة أمور تبين الأساس الذى قام عليه ميراثهن •

أولها - أن قوله تعالى : « إن امرؤ هلك ليس له ولد ، وله أخت فلها نصف
ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ،
وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » - ينطبق على الأخوات
لأب ، كما ينطبق على الأخوات الشقيقات ، ولكن عند التطبيق يقدم الأشقاء
بقوة اقربابة •

ثانيها - أن الإجماع قد انعقد في عصر الصحابة ومن جاء بعدهم على
أن الإخوة لأب - والأخوات لا يأخذون شيئاً ما دام ثمة أخ شقيق ، وأنهم
في حال عدم وجود الأشقاء يكون سأنهم في الميراث - كسأن الأشقاء عند
وجودهم . وقد حكى ذلك الإجماع الإمام مالك رضى الله عنه ، فقد قال في
الموطأ :

الأمر المجتمع عليه عندنا أن ميراث الإخوة للأب إذا لم يكن أحد من بنى
الأب والأم كمنزلة الإخوة للأب والأم سواء ذكرهم كذكرهم ، وأنثاهم كأنثاهم
إلا أنهم لا يشركون مع بنى الأم في الفريضة التى شركهم فيها بنو الأب والأم .
لأنهم خرجوا من ولادة الأم •

ثالثها - أن الأخوات لأب هن بالنسبة للأخت الشقيقة بمنزلة بنت الابن مع
البنت الصلبية ، أى أن الأخت لأب لا تأخذ السدس تكملة للثلثين ، إذا كانت
أخت شقيقة منفردة استحققت النصف ، وأن الأخ الشقيق يحجبهن كما يحجب
الابن بنات الابن . وأنهن لا يأخذن شيئاً إذا كانت ثمة أخوات شقيقات
أخذن الثلثين كما لا تأخذ بنت الابن شيئاً إذا كان معها بنتان أو أكثر ، إلا
إذا كان معها من تكون عصبة به •

١١٠ - وعلى هذا تكون أحوال الأخت لأب ستا . هي :

الحالة الأولى - أن تأخذ النصف إذا انفردت . ونم تكن ثمه أخت شقيقة ، ولم يكن من يحجبها ، وذلك لأنها قائمه في هذه الحاة مقام الأخت الشقيقة ، وقد علمت أن الإجماع قد انعقد على أن أولاد الأب إذا لم يوجد الشقيقات يكونون كالأشقاء ، ذكورهم وإناثهم .

الحالة الثانية - أن يأخذ الأكثر من واحدة الثلثين إذا لم يوجد أيضا أخوات شقيقات ، ولا من تحجبهن لسبب السابق . والدليل الذي سقناه في صدر كلامنا ، وهو النص القرآني . فهو ينطبق على أولاد الأب كما ينطبق على الأشقاء .

الحالة الثالثة - أن تكون الأخوات لأب عصبه بالغير مع الأخ لأب (٧٠) للإجماع الثابت الذي حكاه الإمام مالك رضى الله عنه من أن الإخوة لأب تكون حازن كحال الأشقاء إن لم يكن أشقاء . وهي تأخذ معه للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولو كانت هناك أخت شقيقة أو أخوات شقيقات أخذن فرضهن ، ولو كان هناك أخ شقيق لحجبهن جميعا . إذ يكون بمنزلة الابن مع ابن الابن .

الحال الرابعة - أن تكون عصبه مع الغير . وذلك إذا كان هناك فرع وارث مؤنث ، بنت أو بنت ابن ، أوهما معا ، فإن الفرع الوارث المؤنث يأخذ فرضه مع أصحاب الفروض إن كان . والباقي يكون للأخت أو الأخوات لأب بشرط هذه الحال ألا تكون أخت شقيقة ، وألا يكون أخ لأب . لأنه لو كان تكون عصبه به ، ولا تكون عصبه مع الغير .

الحال الخامسة - أن تأخذ السدس تكملة للثلثين . وذلك إذا كان ثمة

(٧٠) هذا هو ما عينه جمهور الفقهاء . وكان عليه جمهور التابعين . وجمهور الصحابة قبلهم . وقد خالف فيه ابن مسعود كما خالف في تعصيب ابن الابن لبنت الابن ، فجعل نصيب الأخوات لأب مع الأخ لأب عند وجود الأخت الشقيقة أقل النصيبين السدس أو التعصيب ، فإذا كان الأول هو الأقل أخفته ، وإلا فالثاني ، وإن كان هناك أختان شقيقتان أو أكثر قد أخذن الثلثين . فإنه لا تأخذ الأخت لأب شيئا ، ولو كان معها أخ لأب ، لأن نظرية ابن مسعود في تعصيب الذكر للأنثى لمنع زيادتها عنه أو مساواتها له ، وليس لفائدة الأنثى . ولذلك لا يحسن حالها بوجوده ، بل قد نسوء ، وقد وجهنا ذلك عند بيان رايه في بنات ابن مع ابن الابن .

أُخْتُ سَقِيْقَةٍ اسْتَحَقَّتْ أَنْصَفٌ . فَمَا أَخَذَ الْأَخْتُ لِأَبٍ أَوْ الْأَخَوَاتُ لِأَبٍ السَّدَسِ
تَمَمَةً لِثَلَاثِينَ . لِأَنَّ الْأَخَوَاتُ نَحْسِيَّهِنَّ الثَّلَاثَانِ ، فَإِذَا اسْتَحَقَّتْ مِنْهُ الْأَخْتُ الْوَاحِدَةَ
النَّصْفَ فَإِنَّ السَّدَسَ تَأْخُذُهُ الْأَخْتُ لِأَبٍ ، لَيْسَتْ وَفِي الْأَخَوَاتِ مَا فَرَضَ لِهِنَّ ،
وَقِيَاسًا عَلَى بَنَاتِ الْإِبْنِ مَعَ الْبِنْتِ . وَقَدْ ثَبَتَ مِيرَاثُ بَنَاتِ الْإِبْنِ السَّدَسَ تَكْمِلَةً
لِلثَلَاثِينَ بِأَثَرِ الَّذِي قَالَ فِيهِ ابْنُ مَسْعُودٍ أَنَّهُ قَضَاءُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ
وَسَلَّمَ .

الحال السادسة — وهي الأخيرة ان يحجبن ، ويحجبهن من يأتي :
(أ) الأب . لأنهن يدلن به : ومن المقرر أن من يدل إلى الميت بوارث
يحجب عند وجود ذلك الوارث إلا أولاد الأم على ما قررنا في موضعه .

(ب) الفرع الذكر . لأن ميراثهن على وجه أن المتوفى مات كالأمة ، وذلك
يقتضي أنهن لا يرثن مع وجود الفرع الذكر مطلقا ، لأنه لا يعتبر الميت مع
وجوده كالأمة مطلقا .

(ج) الأخ الشقيق لأن الأخ الشقيق لهن بمنزلة الابن لبنات الابن . كما
قررنا ، ومثل الأخ الشقيق الأخ الشقيقة إذا صارَت عَصَبَةً مَعَ الْغَيْرِ إِذْ تَصِيرُ
كَأَخٍ الشَّقِيقِ .

(د) الأختان الشقيقتان إذا استغرقن الثلثين ، ولم يكن مع الأخت لأب
من يعصباها : فإنها في هذه الحال لا تأخذ فرضا ، ولا تأخذ تعصبا ،
لاستغراق الأخوات الشقيقتان الثلثين . وعدم وجود أخ تكون عصبته به ، فتكون
محجوبة . أو في حكم المحجوبة .

هذا ويلاحظ أنه عندما تكون الأخت لأب عصبته مع الغير تكون كالأخ
لأب ، فتحجب من يليها من العصبات ، كما يحجب الأخ لأب من يليه كذلك ، وذلك
بالقياس على الأخت الشقيقة . عندما تكون عصبته مع الغير (٧١) .

(٧١) قد بينت ميراث الأخوات الأشقاء والأخوات لأب في غير حال التعصيب
المادة (١٣١) وهذا نصها :

(أ) للواحدة من الأخوات الشقيقتان فرض النصف ، وللأختين فأكثر الثلثان .
(ب) وللأخوات لأب فرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة ، ولهن
واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة . هذا نص المادة ١٣ وقد تركت
حال التعصيب بالغير ومع الغير للمادة ١٩ ، ٢٠ . وتركت حالات الحجب لمواد الحجب .

ميراث الأب

١١١ - الأب قد يكون عصبية بنفسه : وقد يكون صاحب فرض . ولقد بينا أصحاب الفروض السابقين قبله : لأن بعضهم أصحاب فروض فقط . وبعضهم قد يعرض لهم التعصيب : ولكن لا بأنفسهم بل بغيرهم أو مع غيرهم . فالأصل في أنصبتهم الفرضية ، أما الأب فإن التعصيب لا يكون عارضا له ، بل هو ثابت له بالابتداء ، كما يثبت له الفرض بابتداء : وكل حال . وقد يجتمعان غيرت بالفرض : والتعصيب معا .

والأصل في ميراثه هو والأم قوله تعالى : « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد : فإن لم يكن له ولد - وورثه أبواه غلامه الثلث . » فإن كان له إخوة غلامه السدس من بعد وصية يوصى بها أو دين ، ولم يذكر في هذا المقام نصيب الأب ، فافتضى أن يكون له الباقي بعد أخذ الأم نصيبها هي ومن يكون معها من أصحاب الفروض كاحد الزوجين وقد تبين أنه عندما يكون أولاد يكون للأب والأم كل واحد منهما السدس ، وعلى هذا الأصل يكون للأب ثلاث أحوال .

الحال الأولى - أن يستحق فرض السدس فقط . وذلك إذا كان هناك فرع وارث مذكر . وهذا ثابت من الجزء الأول من النص الكريم السابق فغيه التصريح بأنه إذا كان هناك ولد يكون لكل واحد من الأب والأم السدس . وما دام الولد ابنا ، فإنه سيكون العصبية . وعلى ذلك لا يستحق الأب شيئا بالتعصيب .

الحال الثانية - أن يستحق بالتعصيب فقط . وذلك إذا لم يكن هناك فرع وارث مطلقا ، لا مذكر ، ولا مؤنث ، وهذا ينطبق عليه الجزء الثاني من النص الشريف الذي تلوناه أنفا . وهو « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه غلامه الثلث » فإن التصريح بنصيب الأم يفيد أن الباقي للأب : وقد ذكر أنه وارث غلا يرث سواه .

انحالة الثالثة - أن يأخذ بالفرض والتعصيب معا ، فيأخذ السدس فرضا ويأخذ الباقي لأنه عصبية : وذلك عند وجود الفرع الوارث المؤنث ، أما استحقاقه السدس فلقوله تعالى بعد بيان نصيب الأولاد ذكورا وإناثا « ولأبويه لكل واحد منهما السدس » فإنه أعطاه السدس عند وجود الأولاد ذكورا كانوا أو إناثا ، ولكن عند وجود الذكور لا يستحق سوى السدس ، لأن

الباقي سيكون لذلك الذكر مع من يتعصب به من البنات ، وأما عند وجود
انبنات من غير ابن ذكر ، فإنه سيأخذ السدس : ولا أحد يأخذ الباقي
أولى منه . فيأخذ الباقي لذلك الاعتبار لقوله صلى الله عليه وسلم : « ألحقوا
الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر » والأولى عند عدم وجود فرع
وارث مذكر ، هو الأب . لما سنبين من أن الذين يلبسون جهة الفروع في
التعصيب هم جهة الأصول وأولهم الأب . إذ كل من يكون عصبه منهم يكون
هو طريقه .

هذا ويلاحظ أنه في الحال الأخيرة ربما لا يكون باق ، فيقتصر على
السدس كأن يكون هناك زوجة ، وبنات وأم وأب : فإن الزوجة ستأخذ الثمن ،
والأم السدس ، ومثلها الأب - وللبنتين الثلثان ، ولا يبقى بعد هذه الفرائض
شيء من التركة ، بل إن المسألة تكون عائلة : أي زادت السهام فيها عن أصل
التركة ، أو بعبارة أوضح زاد مجموع الكسور عن الواحد الصحيح .

ويلاحظ أيضا أن الأب - كالأم والأولاد الصليبين والزوجين - لا يحجب
حجب حرمان قط ، ولكنه يحجب غيره ، فكل الإخوة والأخوات يحجبون به أيا
كانوا ، كما يحجب كل من يدلى إلى الميت بطريقه ، كأبي الأب ، وأم الأب وهكذا .

ميراث الأم

١١٢ - الأم لا تكون إلا صاحبة فرض ، ولا تكون عصبه قط ، لأنه لا
يوجد من يعصبها . ولقد أخرناها عن الأب لارتباطها باستحقاقه في بعض
أحوالها - كما سنبين ، والأصل في ميراثها النص الشريف الذي تلوناه في ميراث
الأب ، وهو قوله تعالى : « ولأبويه لكل واحد منهما السدس » إلخ الآية
الكريمة ، وعلى ذلك تكون أحوال الأم ثلاثا :

أولها - أن تأخذ السدس وذلك في صورتين :

(أ) أن يكون هناك فرع وارث مطلقا سواء أكان ذكرا أم كان أنثى ،
لصريح الآية التي تلوناهما .

(ب) أن يكون هناك جمع من الإخوة أو الأخوات ، اثنان فأكثر ، لقوله
تعالى : « فإن كان له إخوة فلأمه السدس » فصريح ذلك النص الكريم يفيد
ذلك الاستحقاق ، وأقل الجمع كما هو مقرر هو اثنان ، والأم تستحق السدس

سواء أكان الأخوات لأب أو لأم - أم أشقاء - فإذا كان لمتوفى زوج - وأم وأخوان لأم ، فإن الزوج يأخذ النصف - والام السدس والاخوان لأم اثنين - وإذا كان للمتوفى زوجة - وأم - وأخت شقيقة - وأخ لأب وأخت لأب فإن الزوجة تأخذ الربع والام السدس - والأخت الشقيقة النصف - والباقي للأخ لأب والأخت لأب للذكر مثل حظ الأنثيين - وهكذا في كل الأحوال التي يكون فيها النان فأكثر من الإخوة أو الأخوات - تستحق الام فيها السدس •

الحال الثانية - من أحوال الأم : أن تأخذ ثلث التركة كلها فرضا : وذلك إذا لم يكن للمتوفى فرع وارث : لا مذكر ولا مؤنث - ولا جمع من الإخوة ولم ينحصر الإرث بينهما وبين الأب وأحد الزوجين : واستحقاقها الثلث في هذه الحال هو بنص الآية الكريمة : « فإن لم يكن له ولد وورثة أبواه غلامه الثلث » فإذا كان للمتوفى أب وأم غقط فإن الأم تأخذ الثلث والأب يأخذ الباقي •

الحالة الثالثة - ألا يكون جمع من الإخوة والأخوات ، ولا فرع وارث وينحصر الإرث بين الأب والأم وأحد الزوجين ، فإنه في هذه الحال تأخذ الأم ثلث الباقي بعد أن يأخذ أحد الزوجين فرضه : وتسمى هذه المسألة الغراوية لشهرتها ، ولها صورتان :

(أ) أن يكون في المسألة زوج وأم وأب : وترك تركة قدرها ١٢٠ ف مثلا فإن الزوج يأخذ النصف - والأم ثلث الباقي بعد النصف ، والأب يأخذ الباقي النهائي : فيستحق الزوج ستين فدانا ، وتستحق الأم عشرين فدانا ، ويستحق الأب أربعين فدانا •

(ب) أن يكون في المسألة زوجة وأم وأب ، والتركة أيضا ١٢٠ ف مثلا ، فإن الزوجة في هذه الحال تستحق الربع ، والأم تستحق ثلث الباقي بعد الربع والأب يستحق الباقي النهائي : وعلى ذلك تأخذ الزوجة ثلاثين فدانا - والأم ثلاثين مثلها ، والأب يأخذ ستين فدانا •

والأصل في ثبوت هذه الحال هو قضاء سيدنا عمر رضي الله عنه الذي وافقه عليه جمع من الصحابة ، ومنهم زيد بن ثابت ، وعبد الله بن مسعود ، وعثمان بن عفان وغيرهم ، وبهذا الرأي أخذ جمهور الفقهاء من بعدهم •

١١٣ - وحجته أن المعهود في أحكام الشرع الإسلامي أنه حيث تتساوى درجة الرجل والمرأة يكون نصيبها غالباً على النصف من نصيبه . ولا يتأتى ذلك إلا إذا أعطيت الأم ثلث الباقي بعد نصيب أحد الزوجين ، ولو أنها أخذت ثلث كل التركة . لأدى ذلك إلى أن يأخذ نصفها عندما يكون أحد الزوجين هو الزوج . فإن الزوج يأخذ النصف والأم على هذا الفرض تأخذ ثلث الكل ويكون الباقي هو السدس ، وذلك غير معقول ، ولم يعهد في أحكام الشارع أن يكون الرجل نصف المرأة مع تساويهما في القرابة ، وإن ذلك بلا ريب يؤدي إلى مخالفة نص الآية الكريمة ومعناها ، وذلك لأن الآية تجعل الميراث عندما يكون للأبوين على أساس الثلث للأم والثلثين للأب ، فكانت النسبة بينهما مقدرة على هذا الأساس . فالفرض الذي يؤدي إلى أن يكون هو نصفها يكون مناقضاً لتقدير النسبة التي قدرها الله سبحانه وتعالى .

وعلى هذا الأساس نقرر أن إعطاء الأم ثلث الباقي هو الذي يتفق مع معنى النص الكريم . لأنه أعطاهما الثلث . وأعطى الأب الباقي ، عندما لا يكون أحد الزوجين ، فإن كان أحد الزوجين . فإن النسبة التي قدرها المولى سبحانه هي التي تكون . ولا تتحقق تلك النسبة إلا إذا أعطينا الأم ثلث الباقي بعد نصيب أحد الزوجين ، والأب الباقي النهائي .

١١٤ - هذا رأي الجمهور . وهذه حجته . وهناك رأيان آخران يخالفان رأي الجمهور .

أولهما - أن الأم لها ثلث التركة كلها ، ولو أدى ذلك إلى أن يأخذ الأب في إحدى الصورتين نصفها . وهذا روى عن ابن عباس ، وروى عن علي رضي الله عنه . وعن معاذ ، وأخذ به شريح القاضي ، واختاره الشيعة الإمامية وانطاهرية ، وحجتهم أن النص الكريم ظاهر في أنه إذا لم يكن فرع وارث . ولا جمع من الإخوة أو الأخوات يكون نصيبها الثلث ، ولا قياس مع ظاهر النص ، وإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أن تعطى الفرائض ، ثم يكون الباقي لأولى رجل ذكر . والذين قالوا أن لها ثلث الباقي ينتقصون من الفرائض ليكثر من نصيب من لا يأخذ إلا بعد أن تؤخذ الفرائض كاملة .

وثاني الرأيين المخالفين - أن الأم تأخذ ثلث الكل إذا كان أحد الزوجين هو الزوجة ، وتأخذ ثلث الباقي إذا كان أحدهما هو الزوج ، وقد اختار:

هذا الرأي من التابعين ابن سيرين ، واختاره من الحنفية أبو بكر الأصم •
والأساس في هذا الرأي هو منع أن تأخذ الأم ضعف الأب ، فحيث
أدى أخذها ثلث التركة كلها إلى أن تأخذ ضعف الأب أنزلت من ثلث الكل
إلى ثلث الباقي ، لأن هذا يؤدي إلى معارضة معنى النص ، وحيث لا يؤدي
أخذت ثلث الكل الذي استحقه ، وهذا في الحقيقة وسط بين الرأيين ، أو
هو توفيق حسن بينهما •

١١٥ - والأم لا تحجب حجب حرمان قط ، ولكنها تحجب حجب نقصان
من الثلث إلى السدس في حال وجود الفرع الوارث ، أو جمع من الإخوة (٧٢)
ولو كانوا محجوبين ، لأنه من المقرر أن المحجوب قد يحجب غيره والمحروم
لا يمكن أن يحجب غيره •

ويعتبر إعطاؤها ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين بدلا من ثلث
الكل حجباً أيضاً ، وقد علمت أنه يكون عند انحصار الإرث بين أحد الزوجين
والأب والأم ، ولا ورثة من الفروع ، ولا جمع من الإخوة •

ويلاحظ أن ذلك لا يكون عند وجود الجد بدل الأب ، فإن الأم مع الجد
تأخذ ثلث التركة كلها ، ولا تأخذ ثلث الباقي ، خلافاً للأبي يوسف رضى
الله عنه ، فقد جعل الجد كالأب في هذا المقام ، وسنبين ذلك عند الكلام في
ميراث الجد •

ميراث الجد

١١٦ - المراد بالجد هو الجد الصحيح ، وهو الذي لا تتوسط بينه

(٧٢) روى عن ابن عباس بالنسبة لحجب الإخوة للأم أمران : (أولهما) أن
الاثنين لا يحجبان الأم من الثلث إلى السدس لأن الاثنين عنده ليسا جمعا • والنص
القرآني عبر بالجمع ، وقد احتج عليه بأن الاستعمال العربي يسوغ إطلاق اسم
الجمع على الاثنين ، وقد انعقد الإجماع على إرادة الاثنين في ضمن الجمع فلا
يلفت إلى غيره •

(ثانيهما) أن الإخوة إن كانوا محجوبين بالأب ، فإن السدس الذي نقصوه
من الثلث الذي حجبوا فيه الأم حجب نقصان لا يؤول إلى الأب ، بل يؤول إلى الإخوة
أنفسهم لأنه ليس من المعقول أن تنقص هي ويزيد هو بوجودهم ، وروى عنه أنه إن
كان الإخوة أم أخذوا الذي حجبوا عنه الأم لأنه لا يصح أن يستفيد الأب من
وجودهم • ولا صلة تربطهم به ، وإن كان الإخوة أشقاء أو لأب ، فإن الأب يؤول
إليه السدس الذي حجبوا عنه الأم •

وبين ألميت أنفى ، أيا كانت درجته ، ويقابله الجـد الفاسـد . وهو الذى تتوسط بينه وبين ألميت أنفى .

وانجد الصحيح ينزل منزله الأب عند غتده فى كثير من الأحكام الشرعية عند عدم وجود الأب بالنسبة لأحفاده . فهو كالأب من حيث الولاية على النفس ومن حيث انولاية المانية ، كالأب فى انه لا يقنل بولد ولده . وفى أن حليله نذ من الجانبين تحرم على الآخر . وفى عدم قبول الشهادة له ، وفى انه لا يجوز دفع الزكاة إليه .

فكان هذا الانشراك فى أحكام كثيرة سبباً فى اعتباره كالأب فى الميراث ، غير ان جمه اقوال الفقهاء تدن على انه ليس فى قوته ، لأن الأب هو طريقه فى الإدلاء إلى المتوفى . فهو يستمد منه القوة فى الاتصال بالميت . وهو الأصل ، والجـد منحق به . ولا يتساويان ، ولذلك افترقت أحكام قليلة للجـد عن الأب ، وتد كثير من هذه الأحكام موضع خلاف بين الفقهاء . وبعض مواضع هذا الخلاف اختار فيه قانون الميراث ما يخالف المذهب الحنفى .

ونبين ما جاء به القانون . ثم نبين بعد ذلك فقه الموضوع ، ليعلم المصدر السفهى للقانون .

١١٧ - الجـد إما أن يكون معه إخوة وأخوات . أشقاء أو لأب وإما ألا يتن معه أحد من هؤلاء .

فإن لم يكن معه أحد من هؤلاء الإخوة أو الأخوات . فإنه يكون له ثلاث من الأحوال نتى هى للأب تماما ، فلا تكون ثمة مخالفة بينهما فى هذا الجزء من التوريث .

أولاهـا - أن يكون فرضه السدس ، وذلك إذا كان للميت فرع وارث مذكر ، فإنه يكون الفرع عصبـة . إذ هو أولى رجل ذكر . وأقرب رجل إلى المتوفى ، فلا يأخذ انجد الفرض وهو السدس .

وثانيتها - أن يكون هناك عصبـة يأخذ الباقي إذا لم يكن فرع وارث مطلقا لا مذكر ولا مؤنث . لأنه فى هذه الحال يكون أولى رجل ذكر ، فيأخذ الباقي لكونه عصبـة .

والحال الثالثة - أن يأخذ السدس فرضا ، والباقي تعصيا ، وذلك إذا كان هناك فرع وارث مؤنث ، فيأخذ السدس باعتباره صاحب فرض مع الفرع المؤنث ، ويأخذ الباقي باعتباره أولى رجل .

١١٨ - والأصل الذى ثبت به ميراثه فى هذه الأحوال قوله تعالى :
« ولأبويه لكل واحد منهما الثلث مما ترك إن كان له ولد . فإن لم يكن له ولد
وورثه أبواه فلأمه الثلث » . إلخ وقوله صلى الله عليه وسلم « ألحقوا الفرائض
بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر » .

وهو يسمى أبا مجازا عند عدم وجود الأب الحقيقى : ولذلك ينطبق
عليه النص الكريم ، وهو فى حال التعصيب أولى قريب ذكر . وأقربهم : وبهذا
الوصف كان عصبه دون سواء ما دام لا إخوة أشقاء ولا أب .

ولم ينزله جمهور الفقهاء منزلة الأب فى المسألتين الغراويتين . لأن إعطاء
الأم ثلث الباقى ، لكيلا تكون أكثر من الأب ، ولكى تحفظ النسبة بينهما ، وقد
تساوت درجتهم . والجدة لم تتساو درجته مع الأم قط ، ولقد روى عن أبى
يوسف فى الإملاء أن للأم ثلث الباقى مع الجد فى الموضع الذى يكون لها فيه
ثلث الباقى مع الأب ، وقد نسب ذلك القول إلى عبد الله بن مسعود . وحجة
تلك الرواية أن الجد كالأب بالنسبة للأم ، وهو أب عند فقده . وقد
كانت تستحق مع الأب ثلث الباقى فى الغراوية فتستحق معه ذلك الثلث
أيضا (٧٣) .

١١٩ - هذه أحوال الجد الثلاث إذا لم يكن معه أشقاء ولا لأب
ذكورا كانوا أو إناثا ، أما إذا كان معه هؤلاء ، فبمقتضى القانون القائم المعمول
به لا يغير أبو الأب فى أنصبتهم شيئا ، فلا يحجبهم ، ولا يغير حالهم بشرط
ألا يؤدى ذلك إلى أن يأخذ أقل من السدس ، فإن أخذ أقل من السدس
أعطى السدس .

وعلى ذلك إذا كان هناك أخوات شقيقات أو لأب يأخذن بالفرض أخذن
فروضهن مع غيرهن من أصحاب الفروض ، وما بقى فهو لأبى الأب بشرط ألا
يقبل عن السدس ، فإن قل أخذ السدس ، وإذا كان الإخوة أو الأخوات
عصبه كان عصبه مع العصبه منهم كأخ ، إلا إذا أدى أخذه كأخ إلى نقص
نصيبه عن السدس ، فإنه يأخذ السدس ، والباقى يكون للعصبه منهم ، إن
كان قد بقى شيء بعده ، ولنضرب عدة أمثلة توضح ذلك .

(٧٣) قد روى من عبد الله بن عباس أنه إن كان جد وزوجة وأم اخذت
ثلث التركة ، وإن كان جد وزوج وأم أخذ الزوج النصف ، والنصف الآخر كان بينهما
مناصفة وذلك لكيلا تزيد الأم عن الجد ، ونصرتة للميت كانت أقوى من نصرتها .

(أ) إذا توفي شخص عن جد ، وأم . وأخت شقيقة ، فإن الأم تأخذ
ثُلث . والاخت تأخذ النصف ، والباقي يكون للجد ، وهو السدس .

(ب) إذا توفي عن جد . وأخت لأب ، فإن الأخت تأخذ النصف ، والجد
يأخذ الباقي .

(ج) إذا توفي عن جد صحيح . وأم . وأخت شقيقة ، وأخت لأب ،
فإن الأم تأخذ السدس ، والاخت الشقيقة تأخذ النصف . والاخت لأب
تأخذ سدس تكمله للثلثين . والباقي يأخذه الجد . وهو السدس .
وفي هذه الصور انثلاث لا نراه قد قل عن السدس في التعصيب .

(د) وإذا كان جد . وبنت . وأخت شقيقة ، وأخت لأب فإن البنت تأخذ
نصف . والاخت استقيفة تكون عصبه لوجود انفرع الوارث المؤنث . فيكون ابجد
معهما كاخ شقيق . فيكون للذكر من حظ الانثيين . والاخت لأب محجوبة بالاخت
استقيفة . لأنها لما كانت عصبه مع انفرع الوارث صارت كاخ شقيق فتحجب
أخت لأب . واجد هنا سيكون نصيبه لثلث ، فهو لا يقل عن السدس .

(هـ) إذا كان جد . وأم . وأخت شقيقة . وأخت لأب . فإن
الأم تأخذ السدس والاخت استقيفة تأخذ النصف . والاخت لأب وأخته عصبه
فلو كان ابجد عصبه معهم يكون نصيبه أقل من السدس . إذ سيكون الثلث
مقسوما على خمسة . أثنان منه للجد ، وهما أقل من السدس . فيعطى
السدس . والباقي يكون بين الأخ لأب والأخت لأب للذكر مثل حظ الأنثيين .

(و) وإذا كان قد توفي عن زوجة . وبنتين ، وأم ، وأخت شقيقة ، فإنه
في هذه الحال يكون للزوجة الثمن . وللبنتين الثلثان . وللأم السدس ، ولو
أخذ الجد بالتعصيب مع الاخت الشقيقة فإنه يأخذ أقل من السدس ،
فيأخذ السدس وتكون الاخت عصبه وحدها ، ولكن لا يبقى لها شيء .

(ز) وإذا كان قد توفي عن زوجة ، وأم ، وأختين لأب وجد ، فإن
الزوجة تأخذ الربع . والأم السدس ، والأختين الثلثين . فإن كان سيأخذ
بالتعصيب فإنه لا يأخذ شيئا ، لأنه لا يبقى شيء ، فيكون له السدس .

هذه أمثلة موضحة بين احوال الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب ، ويلاحظ
أن المحجوب من الإخوة قبل الجد يستمر محجوبا ولا يكون له شأن في التقسيم .

١٢٠ - هذا هو القانون شرحناه ، وضربنا له الأمثال ، وقبل أن نتجه إلى فقه الموضوع نقرر أن الجد إنما تكون له هذه الأحوال إذا لم يكن أب فإن كان أب فإنه لا يستحق شيئاً ، بل يحجب به حجب حرمان لأنه من المقرر شرعاً أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث والجد يدلى إلى الميت بطريق الأب ، فيحجب عند وجوده ، ولأنه أب مجازاً ، فلا يستحق شيئاً عند وجود الأب الحقيقي ، وكذلك يحجب الجد القريب الجد البعيد ، فأبو الأب يحجب أبا أبي الأب ، لأنه يتصل بالليت عن طريقه كما قررنا (٧٤) •

هذا ما اختاره القانون بالنسبة لميراث الجد مع الأشقاء أو لأب اختار ألا يحجبهم ، وألا تتغير حالهم التي كانت لو لم يكن ، فالمحجوب منهم يستمر محجوباً من غير أن يدخل في القسمة ، والوارث يأخذ ما كان يأخذه لو لم يكن إن كان صاحب فرض ، وإن كان عصبه اشترك مع الجد في التعصيب بشرط ألا يقل الجد في الحالفين عن السدس •

١٢١ - ولقد كان المعمول به قبل ذلك مذهب أبي حنيفة ، وهو أن الجد يحجب الأشقاء ولأب ، كالأب على سواء من غير فرق بين الذكر والأنثى وهذا أحد مذاهب الثلاثة في الجد ، ولكي يكون القارىء على علم بالموضوع نذكر هذه المذاهب الثلاثة ، ونبين ما أخذته القانون منها •

(٧٤) فرض الجد والأب اشتملت على بيانه المادة - ٩ - وهذا نصها : « مع مراعاة أحكام المادة ٢١ للأب فرض السدس إذا وجد لليت ولد أو ولد ابن وإن نزل ، والجد الصحيح هو الذي لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى ، وله فرض السدس على الوجه المبين في الفقرة السابقة •

وقد بينت المادة - ٢١ - حكم الأب أو الجد إذا كان مع الجد فرع وارث مؤنث وهذا نصها : « إذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل يأخذ أبوها السدس فرضاً والباقي بطريق التعصيب •

وقد بينت المادة - ٢٢ - ميراث الجد مع الإخوة ، وهذا نصها : « إذا اجتمع الجد مع الإخوة والأخوات لأبوين ، أو لأب كانت له حالتان : الأولى - أن يقاسمهم كأنه إن كانوا ذكورا فقط ، أو ذكورا وإناثاً ، أو إناثاً عصبن مع الفرع الوارث من الإناث • - الثانية - أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع الجد أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث ، على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس ، ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الإخوة والأخوات لأب •

١٢٢- المذهب الأول هو أن الجد يحجب الأشقاء ولأب : كما حجب أولاد الأم من غير خلاف فيهم ، وهذا رأى أبى بكر وابن عباس والزبير وحذيفة وأبى سعيد الخدرى . وأبى بن كعب ، ومعاذ بن جبل . وأبى موسى الأشعرى . وقد قال هذا لقول أبو حنيفة تبعاً لهؤلاء ، وذلك لأن أجد عند عدم وجود الأب اب . ويطلق عليه اسم الأب لغته ، وقد وردت النصوص في أحكام كثيرة بجعله كالأب . فهو يحجب الإخوة الأم . وهو يزوج القاصرين وانقاصرات من أحفاده ، وله إدارة أموالهم من غير تعيين قنص ، ولا تقبل شهادته لهم ، ولا شهادتهم له . وإذا كان أجد يعطى حكم الأب في هذه الأحكام ، فبالقياس عليها يكون كالأب في الميراث ، ولأن ابن الابن أخذ حكم الابن في الميراث من كل الوجوه . ومنها حجب الأشقاء ولأب ، فكذلك الجد يأخذ حكم الأب ، ويحجب الإخوة والأخوات الأم ، وانما وجدنا الجد في الميراث يأخذ حكم الأب . تماماً فيأخذ السدس مع الفرع الوارث المذكر ، والسدس مع التعصيب عند وجود الفرع الوارث المؤنث ، ويكون عصبه عند عدم وجود فرع وارث أصلاً وكان مقتضى أنقياس الفقهى ، وقد أخذ نصيب الأب في كل أحواله ، أن يحجب من كان يحببه الأب ، لأن المقدمات الفقهية تؤدي إلى ذلك ، وعدم الحكم بهذا أخذ للمقدمة ، وترك لنتيجتها ، وذلك غير معقول في بدائه العقول .

هذا هو المذهب الأول . وذلك لدليله ، وهو مبنى على اعتبار الجد أباً عند فقد الأب ، وإعطائه كل أحكامه غير منقوصة .

١٢٣- المذهب الثانى هو مذهب على بن أبى طالب . وهو أن الجد لا يحجب الإخوة الأشقاء ، أو لأب . ويكون عصبه معهم ، إن كانوا ذكورا ، أو كانوا مختلفين ذكورا وإناثاً . فإن كانوا إناثاً فقط كان عصبه وأخذوا غروضهن وإن كانوا محجوبين لأمر آخر استمروا على حجبهم ، ويكون كأخ للذكر مثل حظ الأنثيين . ولكن على شرط ألا يقل نصيبه عن السدس ، فإن قل نصيبه عن السدس أخذ السدس . وأخذ الإخوة أو الأخوات الباقي ، والأساس في ذلك أن درجة الجد والإخوة درجة واحدة ، لأن كليهما يتصل بالميت من جهة الأب وحده ، فالجد اتصل عن طريق الأب باعتباره أباً ، والإخوة اتصلوا عن طريقه باعتبارهم أولاده . فمقدار قرابتهم بالميت واحدة ، ومقدار قوة هذه القرابة واحدة ، وعلى ذلك لا يحجب أحد الطرفين الآخر ، لأنه لا أرجحية لأحدهما على الآخر ، فالقياس لا يسوغ الحجب ، ولا نص يدل على الحجب كالنص

بالنسبة للإخوة للأم ، ومن جهة أخرى فقراية الجسد أقوى من قرابة أولاد الأم ، فصح أن يحجبهم للنص ، ولقوة القرابة ، إذ يدلى الجسد بالأب ، وهم يدلون بالأم .

وإذا كان لا يحجبهم ، فإنه لا يغير من حالهم شيئا ، فإن كانوا ذكورا وإناثا استمروا عصبه وكان أخا مثلهم ، وكذلك إن كانوا ذكورا فإن كانوا إناثا أخذوا فرضهم إن كانوا أصحاب فروض ، وإن كانت عصبه مع الغير ، كأنأخت مع البنات والجدة ، فإن الجسد يكون صاحب فرض ، لأن عليا رضى الله عنه يرى أن الجسد لا يجمع ألفرض والتعصيب ، وعلى ذلك تكون العصبه هى الأخت نفسها ، ومن مقتضى مذهب على أن الأشقاء إن كانوا قد حجبا الإخوة لأب ، فإن الآخرين لا يدخلون فى المقاسمة ، لأنهم محجوبون قبله ، فلا يجعلهم وجوده وارثين قط .

هذا ويلاحظ أن الجسد لا يصح فى أى صورة أن يقل عن السدس ، فإن قل فى التعصيب عن السدس أخذه ، لأن الأثر قد ورد باستحقاقه السدس مع الابن ، فأولى أن يستحقه مع الإخوة ، لأن قرابة الابن أقوى من قرابتهم ، ومع ذلك لم يؤثر فيه ، إلا بتنقيصه إلى السدس ، فأولى ألا ينقصه وجود الإخوة لأكثر منه .

هذا مذهب على رضى الله عنه ، ومثله مذهب ابن مسعود فى أحكامه ، بيد أنه اشترط ألا يقل الجسد عند المقاسمة بالتعصيب عن الثلث ، لأنه إن اجتمع مع البنات وحدهن لا يأخذ أقل من الثلث ، فأولى أن يكون كذلك عندما يلتقى بالإخوة .

١٢٤ - هذا مذهب على وابن مسعود ، ومذهب زيد رضى الله عنه ، وسمعه طائفة كبيرة من الصحابة أساسه أيضا أن الجسد لا يحجب الأشقاء ، ولا الأب لاتحاد الاثنين فى طريق الإدلاء كما بينا ، ويجعله عصبه معهم سواء أكانوا ذكورا أو مختلطين أم كانوا إناثا فقط ، ويقاسمهم على أنه أخ بشرط ألا يقل عن الثلث ، ثلث الكل و ثلث الباقي على حسب الأحوال ، وخلاصة ذلك المذهب أنه يقاسم الإخوة على أنه أخ ، فإن كانوا جميعا أشقاء كان أخا شقيقا ، وأخذ نصيب أخ شقيق ، وإن كانوا جميعا إخوة لأب أخذ معهم على أنه أخ لأب بشرط ألا يقل عن الثلث فى الحالين ، وإن كان بعضهم أشقاء وبعضهم لأب ، وهم محجوبون بالأشقاء قاسمهم ، ودخل أولاد الأب فى القسمة أولا ،

على أساس أنهم مستحقون ، ثم ينفرد الأشقاء بأنصبة الإخوة جميعا ، ولا يأخذ أولاد الأب . فدخلهم كان فقط لنقص نصيب الجد ولنضرب لذلك ، مثلا ، إذا مات الميت عن جد صحيح وأخ شقيق ، وأختين لأب ، فإنه في هذه الحال تقسم التركة بين هؤلاء للذكر مثل حظ الأنثيين على أساس أن الجد أخ ، ويأخذ بهذا الثلث ، ويأخذ الإخوة الثلثين . ولكن لا يستحق منهما الاختان لأب شيئا ، بل يكونان جميعا للأخ الشقيق .

والأخوات المنفردات كالإخوة ، من حيث إن الجد يكون عصة معهم كاخ ، فهو كان للمتوفى جد . وثلاث أخوات شقيقات كانت التركة بينهم أخماسا ، وإن كان للمتوفى جد وأختان شقيقتان وأختان لأب كانت التركة بينهم أثلاثا للجد الثلث وللاخوات الثلثان يستبد بهما الشقيقتان . ولا تأخذ الأختان لأب شيئا ، وإن كانتا قد دخلتا في المقاسمة لكي ينقص نصيب الجد ، ويزداد حظ الشقيقتين ولا يأخذ الجد أقل من ثلث المال ، إذا لم يكن في الورثة إلا الجد والإخوة فإن كان هناك ذو فرض آخر ، فإن الجد يأخذ الأخط من السدس ، أو ثلث الباقي بعد صاحب الفرض ، أو المقاسمة بالتعصيب .

١ — فإذا فرض أن الورثة هم الزوج والجد والأم وأخ شقيق وأخت شقيقة ، فإنه في هذه الحال يكون السدس أخط الأقسام فيأخذها ، لأن ثلث الباقي بعد فرض الزوج والأم يكون أقل من السدس ، إذ يكون ثلث الثلث أى تسع ، والسدس أكبر من التسع ، وهو أخط من المقاسمة بالتعصيب لأنه في المقاسمة بالتعصيب يستحق خمس الثلث ، وهما أقل من السدس .

٢ — وإذا كان الورثة زوجة وجدا وأخا شقيقا ، وأخا لأب وأختا لأب ، فإن ثلث الباقي بعد نصيب الزوجة أكبر من السدس ، ومن المقاسمة بالتعصيب إذ ثلث الباقي هو ربع التركة وهو أكبر من السدس بالبداهة ، وأكبر من المقاسمة بالتعصيب ، لأنه بالمقاسمة بالتعصيب سيدخل أولاد الأب فيها ، ويستحق بها على ذلك الباقي ، وذلك المقدار أقل من ثلث الباقي .

٣ — وإذا كان الورثة زوجا وجدا وأختا شقيقة فإن نصيبه بالمقاسمة بالتعصيب يكون أكثر الأنصبة الثلاثة ، لأنه سيأخذ النصف ويأخذ هو مع الأخت النصف الآخر على أن له ضعفها ، وهو يساوى ثلث التركة كلها ، وهو أكبر من السدس بالبداهة ، كما هو أكبر من ثلث الباقي بالبداهة أيضا .

ونرى من هذه الصور كلها أن الأخوات الشقيقات أو لأب كن عصابات بالجد ، ولو كن منفردات عن يعصبهن ، ولا يأخذن معه بالفرض إلا في مسألة واحدة أثرت عن زيد ، وتسمى المسألة الأكدرية ، وصورتها أن يكون الورثة زوجا وأما وأختا شقيقة أو لأب وجد ، فيأخذ الزوج النصف ، وتأخذ الأم الثلث ويأخذ الجد السدس ، والأخت النصف . ثم يقتسمان النصيبين للذكر مثل حظ الأنثيين .

وإنما كانت الأخت آخذة بالفرض على هذا ، لأنه لولا هذا ما أخذت شيئا ، وذلك يكون في معنى أن الجد حجبها ، لأنها من غير وجوده تستحق النصف ، فلكي يتفادى زيد رضى الله عنه ذلك أعطاهما النصف الذي كانت تستحقه لولا وجود الجد . ثم اقتسم معها السدس والنصف ذلك التقسيم .

ولذلك إذا كانت تستحق شيئا من غير وجوده ، واستغرقت الأنصبة التركية ، أو بقي أقل من السدس فإنه يأخذ السدس ، ولا يأخذ الأخوات شيئا . ولذلك إذا كان في المسألة السابقة أخ مكان الأخت ما أخذ شيئا لأنه لا يستحقه فرضا في حال من الأحوال .

١٢٥ — هذه خلاصة مذهب زيد وبعض التفريعات فيه ، وبهذا المذهب أخذ مالك والشافعي وأحمد ، وأبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي ، وأبن أبي ليلى وابن شبرمة من فقهاء العراق ، ولم يخالفه من الأئمة الأربعة إلا أبو حنيفة وحده .

والأساس الذي بنى عليه ذلك المذهب ثلاثة أمور :

أولها — أنه لم يقيم دليل من نص أو قياس يدل على حجب الجد الصحيح للأشقاء أو لأب .

وثانيها — أن قرابة الإخوة في الدرجة من حيث القسوة كقرابة الجد ، وسننقل من عبارات الشافعي ما يوضح ذلك تمام التوضيح .

وثالثها — أن ذلك هو التوزيع العادل إذا نظرنا إلى جملة الورثة ، ذلك أن الجد الصحيح ما يأخذه وهو شيخ فإنه سيكون قريبا لأولاده ، وهم أعمام الميت ، فكانت من الناحية الواقعية سيئول الأمر إلى أن الأعمام أخذوا

حيث منع الإخوة إذا كان الجَد يحجب هؤلاء ، ولا أحد يقول إن الأعمام أولى بالميراث من الإخوة ، ولذلك أدخل أولاد الأب في المقاسمة مع الأشقاء والجَد حتى إذا كبر الإخوة بهذه المقاسمة استبدد الأشقاء به .

ولنختتم الكلام في رأى زيد بعبارة محكمة ساقها الشافعى للاستدلال على أن الجَد لا يحجب الأشقاء أو لأب ، فقد قال في رسالته رحمه الله تعالى :

« ليس يقول الجَد أنا أبو الميت ، ويقول الأخ أنا ابن أبى الميت ، فكلاهما يدلى بقربة الأب بقدر موقعه منها ، أجعل الأب هو الميت ، وترك ابنه وأباه ، كيف يكون ميراثهما منه ، فإنه يكون للابن خمسة أسداس ، وللأب السدس ، وابن الأب الذى جعلناه ميتا هو الأخ والأب هو الجَد عندما يكون المتوفى ليس الأب ، بل أحد أبنائه ، فإن الأب الذى يدلى كلاهما به ، قرابته بالأخ كونه ابنه ، وقرابته بالجَد أنه أبوه ، والابن مقدم فى الاستحقاق على الأب ، إذ يأخذ أكثر منه ، وإذا كان كذلك فقربة الأخ أقوى من قرابة الجَد ، ولو كان أحدهما محبوبا بالآخر لكان يحجب الجَد بالأخ ، لأنه أقوى قرابة للأب الذى يدلى به كلاهما ، ولولا اجتماع الصحابة على أنه يرث مع الإخوة لحجبه » ويقول رضى الله عنه فى ذلك أيضا : « كل المختلفين مجتمعون على أن الجَد مع الأخ مثله أو أكثر حظا منه ، فلم يكن لى خلافهم ، ولا الذهاب إلى القياس ، والقياس يخرج من جميع أقوالهم ، فنذهب إلى إثبات الإخوة مع الجَد أولى الأمرين ، مع أن ميراث الإخوة ثابت فى الكتاب ، ولا ميراث للجَد فى الكتاب ، وميراث الإخوة أثبت فى السنة من ميراث الجَد » .

١٢٦ - هذه هى المذاهب الإسلامية فى ميراث الأشقاء ولأب مع الجَد ، وقد اختاره قانون الميراث ، من بينها رأى على رضى الله عنه ، وهو أن يكون الجَد أخا مع الإخوة ، بشرط ألا يزيد عن السدس ، لكن مذهب على أن الجَد لا تكون الأخوات المنفردات عصبة معه قط ، بل يكن أصحاب فرض إن كان لمن فرض ، والقانون جعل الأخت إذا كان هناك فرع وارث مؤنث عصبة هى والجَد ، وقد اقتبس تلك الفكرة الجزئية من مذهب زيد رضى الله عنه ، فكان ذلك تليفقا حسنا ، لأنه تتكون منه قاعدة ، وهى « أن الأشقاء للأب تكون حالهم مع الجَد هى حالتهم تماما من غير وجوده ، إلا أن يؤدى ذلك إلى أن ينقص نصيبه عن السدس ، فيكون السدس نصيبه » وهى قاعدة حسنة عادلة فى ذاتها ، ويسهل معها إدراك الأحوال كلها مع تشعبها .

وقد لاحظ واضعو القانون في ترجيحهم الأخذ بمذهب الأكثرين من الفقهاء ، وهم الذين يجعلون الجد حاجبا للإخوة والأخوات — إن مآل نصيب الجد إلى أولاده أى أعمام الميت ، فيعطون حيث يمنع إخوته ، وهم في الأصل شركاؤه في مال أبيه ، فقد جاء في المذكرة التفسيرية ما نصه :

« المذهب المعمول به هو مذهب أبى حنيفة ، وبعض فقهاء الصحابة أن الجد كالأب في حجب الإخوة الأشقاء أو لأب فرئى الأخذ برأى من قال من فقهاء الصحابة والصاحبين والأئمة الثلاثة بتوريث هؤلاء الإخوة مع الجد لظهور المصلحة في الأخذ بهذا الرأى ، فكثيرا ما يموت الشخص حال حياة أبيه غيرته والده وأولاده ، ثم يموت أحد هؤلاء الأولاد عن جده وإخوته فيحجب الجد الإخوة ولا يأخذ أحد منهم شيئا ، مع أن الجد قد يكون غنيا ، فإذا مات ترك لأولاده جميع ماله بما في ذلك ما أخذه أولاد ابنه ، وبذلك ينفرد أولاد الجد بجميع ماله ، ولا يأخذ أولاد ابنه شيئا منه » .

ميراث الجدة

١٢٧ — الجدة التى ترث بالفرض هى الجدة الصحيحة ، وأما الجدة غير الصحيحة فهى كالجد غير الصحيح من ذوى الأرحام ، والجدة الصحيحة هى التى لا يتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح . فأما الأم جدة صحيحة ، وأما الأب كذلك ، وهكذا ، والجدة غير الصحيحة هى التى يتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح كأبى الأم ، فإنها تعد جدة غير صحيحة ، وتكون من ذوى الأرحام ، ولا ترث بالفرض قط كما ذكرنا ، وذلك لأن من أدلت به إلى الميت لا يعد من ذوى الفروض ، بل يعد من ذوى الأرحام ، فلا يمكن أن تكون هى أقوى منه حظا فى الميراث ، مع أنه سبب الاتصال بالميت ، وعن طريقه اكتسبت الصلة التى أعطتها حق الميراث .

والأصل فى ميراثها ما روى من أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه أتته أم أم تطلب ميراثا فى ولد ابنتها ، فقال : اصبرى حتى أشاور ، فإنى لم أجد لك فى كتاب الله نصيبا ، ولم أسمع فيك من رسول الله شيئا ، ثم سألهم فشهد المغيرة بن شعبة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطها السدس ، وشهد معه محمد بن مسلمة ، ثم جاءت أم الأب إليه ، أو إلى عمر رضى الله عنهما (على اختلاف الروايات) وطلبت ميراثها هى الأخرى . فقال : « إن ذلك السدس بينكما ، وهو لمن انفردت منكما » قضى بذلك فى عصر الصحابة ، ولم يستتكر

أحد ، ولم يأت نقل عن أحد يخالفه حتى يكون في الموضوع دليلان متعارضان ، فكان ذلك إجماعاً . ومن جهة أخرى فإن الجدة تعتبر أما مجازاً فيثبت لها الميراث عند فقد الأم الحقيقية ، كالجد الصحيح عند فقد الأب ، فميراثها مؤيد بالنقل والعقل .

وعلى هذا الأساس فإنها ترث باعتبارها أما ، ولذلك تحجب الجدات من أى جهة كانت : من جهة الأب ، أو من جهة الأم ، عند وجود الأم ، لأن المجاز لا يثبت عند وجود الحقيقة ، فحيث أمكن إعمال الحقيقة لا يثبت المجاز .

١٢٨ - وللجدة حالان :

(أحدهما) أن ترث السدس ، وتتفرد به الواحدة ، ويشترك فيه الأكثر من واحدة ، فإذا كان للمتوفى أم أم أخذت السدس ، وكذلك إذا كانت له أم أب . وإن كان له أم أم وأم أب اشتركتا في السدس ، ومهما تعددت درجات الجدات فإنهن يأخذن السدس بشرط أن يتحدن في الدرجة . فإذا كان للمتوفى أم أم أم ، وأم أب أب ، وأم أم أب ، فإنهن جميعاً يشتركن في السدس : من غير تفرقة بينهن في ذلك .

وإن كانت واحدة منهن ذات قرابتين ، فإنها تأخذ مقداراً مساوياً لذات القرابة الواحدة . فإذا كان للمتوفى أم أم أب ، وأم أبى أب ، هي أيضاً أم أم أم فإن السدس يكون بينهما نصفين ، ولا تستحق الثانية نصيب اثنتين ، بل نصيب واحدة ، لأنها وإن كانت تتصل بالميت عن طريقين وهما طريق أم أم : وطريق جدة - القرابة واحدة - ، والجهة واحدة وحيث اتحدت الجهة : واتحدت القرابة فقد اتحد سبب التوريث ، وإذا اتحد سبب التوريث لا يرث الوارث إلا نصيباً واحداً ، وهذا هو ما نص عليه القانون ، وهو قول الإمام أبى يوسف من أئمة المذهب الحنفى (٧٥) . ومذهب مالك والشافعى رضى الله عنهما .

(٧٥) ويقابله مذهب الإمام محمد رضى الله عنه ، وهو أن الجدة ذات القرابتين ترث بالقرابتين ، أى تأخذ كجنتين ، ففى المسألة المذكورة فى الأصل ، وهى أم أم أب ، وأم أبى أب هى أم أم تأخذ الثانية نصيب اثنتين ، فيقسم السدس اثلاثاً ، ولا يقسم اثنتين . وحجة ذلك رأى أن القرابة إذا تعددت يرث بالقرابتين . كما إذا تعددت الجهة فإنه يرث بالجهتين ، فلو كان أخ لأم هو ابن عم يرث باعتباره ابن عم ، وباعتباره أخ لأم ، فكذا إذا تعددت قرابة الجدة الواحدة ورنث كجنتين عند العدد .

هذه هي الحال الأولى • أما الحال الثانية فهي حجبها : وعدم استحقاقها .
شيئا ، وهي تحجب في ثلاث أحوال :

أولاهـا — عند وجود الأم ، فإن الأم تحجب كل الجدات ، سواء أكن أبويات أم كن من جهة الأم ، لأن الجدات جميعا يرثن بوصف كونهن أمهات مجازا ، فلا يرثن عند وجود الأم الحقيقية ، ولأن الأثر الوارد الذي ورثت الجدات بمقتضاه كان في حال وفاة الأم ، ولم يرد أثر بميراثهن مع وجود الأم ، فيقتصر على مورد النص ، ولا يتجاوزه ، لأنه ليس لهن فرض صريح في القرآن الكريم •

ثانيها — أن الأبويات يحجبن بالأب ، غالباً يحجب أم الأب ، ولا يحجب أم الأم ولو علت درجتها ، وذلك للقاعدة المشهورة أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث ، وأم الأب أدلت بالأب ولكن أم الأم لم تدل به ، مهما تكن درجتها • وهنا نجد فرقا بين الأم والأب من حيث حجب الجدات ، فالأم تحجب الجدة من أى جهة كانت ، والأب لا يحجب إلا التي من جهة الأب ، وحجب الأب للجدات ليس سببه الإدلاء من جهتها حتى يقتصر على الجدات الثلاثى يدلين بها ، بل سببه أنهن يرثن بوصفهن أمهات مجازا ، ولا يعمل المجاز مع وجود الحقيقة كما بينا •

ومثل الأب في حجب الأبويات الجد الصحيح بالنسبة لكل جدة تدلى به ، فإنه يحجبها ، فأبو الأب يحجب أم أبى الأب ، لأنها تدلى به ، ولكنه لا يحجب أم الأم ، لأنها لا تدلى به •

ثالثها — أن القربى تحجب البعدى من أى جهة كانت ولو كانت القربى محجوبة ، فلو كان للمتوفى أم أب ، وأم أم أم ، فالسدس لأم الأب ، ولا تأخذ الأخرى شيئا ، وإذا كان أم أم وأم أبى أب فالسدس لأم الأم . ولا شيء للأخرى ، وكذلك لو كان للمتوفى أب وأم أب ، وأم أم أم ، فلا شيء للجدات ، لأن أم الأب محجوبة بالأب ، وأم أم الأم محجوبة بأب الأب لأنها أقرب منها ، والقربى تحجب البعدى ، ولو كانت البعدى محجوبة كما ذكرنا : إذ المحجوب قد يحجب غيره فالأخوات ولو كن محجوبات بالأب يحجبن الأم من الثلث إلى السدس إنما الذى لا يحجب هو الممنوع من الميراث ، لقيام مانع من موانع الإرث به ، فإنه يكون في حكم المعدم كما نوهنا مرارا •

وإنما كانت القربى من أى جهة تحجب البعدى ، لأن القربى بالنسبة للبعدى كالأم بالنسبة للجدة جميعا ، وهى إذا وجدت حجبتهن من أى جهة كانت ، فكذا إذا كانت فيهن واحدة أقرب من غيرها ، فإنها تحجبهن جميعا من أى جهة كن (٧٦) •

١٢٩ - هذه أحوال الجدات على ما عليه العمل الآن بهقتضى قانون الميراث وهو مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، وليس فيه شئ من غيره من المذاهب ولنفصل ذلك المذهب ، قبل أن نذكر أو نشير إلى المذاهب الأخرى •

إن المذهب الحنفى فى توريث الجدات ، وقد اشتق من رأى على ، وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ، وخلاصة ذلك المذهب كما جاء فى المبسوط أن كل جدة تدلى إلى الميت بعاصب أو صاحب فرض تكون وارثة ، فإذا كان يتوسط بينها وبين الميت من ليس بعاصب أو صاحب فرض فهى غير وارثة ، بل تكون على حسب من أدلت به ، وعلى ذلك إذا كانت أم أبى أب مهما علت فهى وارثة ومن أصحاب الفروض ، لأنها تدلى بعاصب ، وأم الأم تكون من أصحاب الفروض ، لأنها تدلى بصاحب الفرض ، ومثلها من علت ، أما إذا كانت تدلى بذى رحم ، فإنها تكون من ذوى الأرحام ، فإذا كانت أم أبى أم فهى أدلت بجدة غير صحيح ، فتكون مثله •

هذا هو مذهب أبى حنيفة وما اشتق منه ، وهو أقيس المذاهب فى الجدة ، وأضبطها ، وليس فيه إلا قول واحد من ناحية الوارثات من الجدات •

أما الأئمة الآخرون ، فقد اختلفت أقوالهم ، والمشهور عن الشافعى أنه يقول قول الحنفية بالنسبة لأصل ميراث الجدات ، وفى مذهبه قول كمالك ، بيد أنه المشهور فيه •

(٧٦) اشتملت المادة - ١٤ - على ميراث الأمهات والجدات وهذا نصها : « للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ، أو مع اثنين أو أكثر من الإخوة والأخوات ولها الثلث فى غير هذه الأحوال ، غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين ، والأب فقط كان لها ثلث ما بقى بعد فرض الزوج ، والجدة الصحيحة هى أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن علت ، وللجدة أو الجدات السدس ، ويقسم بينهما على السواء ، لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين •

ومذهب مالك أن الجدات من قبيل الأم جميعا يأخذن فرض السدس مهما علت درجاتهن ، لأنهن قائمات مقام الأم مهما علون ، ما دام لا يتوسط في نسبتهم جد بين أمين ، أى جد غير صحيح ، وأيضا فإن الأثر الصحيح قد أثبت ميراث أم الأم ، وبه قضى أبو بكر رضى الله عنه ، ويقاس على أم الأم أمهاتها مهما علون ، لأنه لا فرق بينهن وبينها إلا في القرب والبعد ، وذلك ليس بذى أثر في استحقاق السدس ، وإنما أثره في الترجيح بينهن ، ومثل الجدات من قبل الأم الجدات أمهات الأب ، فأم الأب تستحق ، وأما كذلك تستحق ، وهكذا مهما علت ، وذلك لأن فتاوى الصحابة على أن أم الأب ترت السدس وتشارك أم الأم ، ويكاد ينعقد الإجماع على هذا ، وأما مثلها ، فتستحق ما تستحقه ، لما ذكرنا من أن القرب والبعد لا أثر له في أصل الاستحقاق ، متى وجد السبب ، إنما أثره في ترتيب درجات الاستحقاق ، وأما الجدة أم أبى الأب مهما علت ، فإنها لا تستحق بالفرض عند مالك لعدم وجود أصل من الأثر يعتمد عليه ويجرى فيه القياس ، لأن الآثار قد وردت بميراث أم أم ، وأم الأب ، وأجرى القياس في أمهاتهن ، ولم يزد الأثر بميراث أم أبى الأب ، فلا أصل لميراثها ، ولا لمن يعلوها من أمهاتها ، فلا نص ولا يصح أن تقاس على أم الأب ، لأن أمهات الأب طائفة غير طائفة أمهات الجد ، وما ثبت للأولى لا يثبت للثانية إلا بدليل .

ومذهب مالك أخذ من رأى سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه .

ومذهب الإمام أحمد كمذهب مالك ، أنه زاد عليه ميراث أم أبى الأب وإن علت ، ولم يجعل لأم أبى الأب شيئا ، وذلك للأسباب التى ذكرناها في مذهب مالك رضى الله عنه ، وإنما خالف مالكا في أم أبى الأب ، لما ورد من أن عمر رضى الله عنه سئل عن أربع جدات أم أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبى أب وأم أبى أم ، فأعطى الثلاث الأولى دون الرابعة ، وعلى ذلك تستحق عنده أم أبى الأب بهذا الأثر ، وهو بذلك يقرب من الحنفية ، ولكنه لا يسير سيرهم من حيث التعميم لكل أمهات الأجداد مهما علا الجدد الذى تنتسب إليه الأم ، وقد قال هذا القول إبراهيم النخعى من التابعين ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات من اللاتى ورثهن من بعد أحمد ابن حنبل .

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا اتحدت جهة القرابة ، فإن القربى تحجب البعدى وموضع الخلاف هو ما بينا •

١٣١ - والعلماء مجتمعون على أن الأم تحجب الجدات جميعا ، ويكادون يجتمعون على أن الأب يحجب الجدات الأبويات ، لأنهم يدلن إلى الميت به ، ولم يخالف في ذلك إلا ما جاء في مذهب أحمد بن حنبل من أن الأب لا يحجب الأبويات ، لأنهم يرثن السدس ، أو يشتركن فيه — باعتبارهم من الأمهات فلم يكن الأب سبب الميراث ، وإن كان سبب القرابة ، كالشأن في أولاد الأم يرثن مع الأب ، لأن السبب هو الأخوة ، فيرثن مع وجودها ، وإن كانت هي صلة القرابة وإن هذا الرأي ينسب إلى أبي موسى الأشعري ، والرأي الذي عليه جمهور الفقهاء هو جمهور الصحابة ، وهو مروى أيضا عن أبي موسى الأشعري •

نظرة عامة في أصحاب الفروض

١٣٢ - هذه أحوال أصحاب الفروض قد بيناها ، وشرحنا ما جاء بالقانون ثم بينا اختلاف الفقهاء في موضع الخلاف ، ليتبين ما أخذ القانون منها وما ترك وبه يعرف المصدر الفقهي له معرفة دقيقة ، فيرجع إلى الأصل الذي اشتق منه ، إن وجد ما يضطر القاضي إلى الرجوع •

(١) وقد تبين مما تقدم أن من أصحاب الفروض من يكونون دائما أصحاب فروض ، ولا يكون عصباء قط ، ومنهم من يكونون أصحاب فروض ويكونون عصباء بأنفسهم ، ومنهم من يكونون أصحاب فروض ويكونون عصباء بغيرهم ، فالزوجان والإخوة للأم ، والأم والجدة لا يكونون إلا أصحاب فروض ، ولا يكونون عصباء قط ، والأب والجدة قد يكونان عصباء بأنفسهم عند عدم وجود فرع وارث مطلقا ، وعند وجود فرع وارث مؤنث ، لأن كل واحد منهما في هذه الحال يكون أولى رجل ذكر ، فيكون له ما بقى •

والأخت الشقيقة والأب تكون كل منهما عصباء بالأخ الشقيق أو لأب ، ومثل ذلك البنت وبنت الابن ، فإن البنت قد تكون عصباء بالابن ، وبنت الابن قد تكون عصباء بابن الابن ، وقد بينا ذلك في موضعه •

(ب) وقد تبين أن من أصحاب الفروض من لا يجب حجب حرمان قط ، ومنهم من يجب حجب حرمان أحياناً ، فالزوجان والبنت والأب والأم لا يجبون حجب حرمان ، بل ينتقل نصيبهم من الأكثر إلى الأقل ، ولكن في دائرة الاستحقاق ، والباقيون قد يجبون حجب حرمان ، على ما بين في موضعه •

(ج) وقد تبين أن الفروض المقدرة في كتاب الله تعالى هي الثمن والرابع والنصف ، والسدس والثلث والثلثان ، وقد تبين مما شرحنا ما يستحقه كل ذي فرض منها •

وعند اجتماع الفروض أو بعضها يوجد أصلها يمكن بيان كل واحد منها ، ولذلك نذكر أصول المسائل ومخارج الفروض •

أصول المسائل وتصحيحها

١٣٣ - هذا باب يعقده الفرضيون لبيان أصول المسائل وطريقة استخراج حصة كل وارث بالسهم ، فتعرف الأنصبة حصصاً شائعة في التركة غير مبينة بالمقدار المالي فيها ، بحيث تقسم عليها التركة من بعد بيانها ، ويعرف مقدار كل وارث بالمال بعد بيانه بالسهم ، ثم إنه بمعرفة أصل كل مسألة ومعرفة مقدار نصيب كل وارث بالسهم لا يكون ثمة حاجة إلى معرفة مقدار التركة ، فيمكن معرفة حصة كل وارث قبل أن يعلم مقدار التركة بالتعيين ، فإن معرفتها قد تستغرق آماداً طويلاً ، ومن الضروري معرفة حصة كل وارث فيها قبل ذلك ، وهذا لا يستبين من غير معرفة أصل المسألة •

ونقول في سبيل ذلك أنه إن كان الورثة جميعاً عصبات يمكن معرفة سهام كل وارث ، بمعرفة عددهم ، وحالهم من حيث الذكورة والأنوثة ، فيكون للذكور مثل حظ الأنثيين ، فإن كان الورثة ثلاثة إخوة أشقاء وأربع أخوات شقيقات كانت القسمة من عشرة ، لأن كل أخ يأخذ نصيب أختين ، فتكون سهام الإخوة ستة ، وسهام الأخوات أربعة ، ويكون المجموع عشرة ، للأخت منها واحد من عشرة ، وللأخ اثنان من عشرة •

١٣٤ - وإن كان في المسألة صاحب فرض واحد اعتبر مخرج نصيبه أصل المسألة ، ومخرج النصيب هو مقام الكسر الدال على نصيبه ، فإذا كان في المسألة أب وأم فإن الأم تستحق الثلث ، ويكون أصل المسألة هو ثلاثة ،

فيكون للأم سهم ، وللأب الباقي وقدره سهمان ، إن كان الورثة زوجة وأباً فأصل المسألة يكون أربعة ، لأن الزوجة لها الربع ، فيكون لها سهم وللأب الباقي ثلاثة أسهم ، وإن كان صاحب فرض واحد وتعدد العصبات جعل أيضاً مخرج نصيب صاحب الفرض ، كان يكون المتوفى ترك زوجاً ، وبنتاً وابناً ، فإن الزوج يستحق الربع ، ويكون أصل المسألة أربعة يأخذ الزوج واحداً ، والباقي يكون للأب والبنت وللذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون للأب سهمان ، وللبنت سهم واحد *

١٣٥ - إن تعدد أصحاب الفروض في المسألة كان أصل المسألة هو أصغر عدد يقبل القسمة على المخرج كلها ، وقد يكون أحد هذه المخرج ولنضرب لذلك أمثلة موضحة *

(أ) إذا كان قد توفى عن زوجة ، وبنت ، وبنت ابن ، وابن ابن ، فإن الزوجة تستحق الثمن ، والبنت تستحق النصف ، والباقي لابن الابن وبنت الابن للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويكون أصل المسألة ثمانية ، وهو مخرج نصيب الزوجة ، وقد استحققت منها سهماً ، واستحققت البنت أربعة أسهم ، والباقي لبنت الابن وابن الابن للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهو ثلاثة أسهم فيكون للأنثى سهم ، والسهمان لابن الابن *

(ب) وإذا كان المتوفى قد ترك زوجاً ، وأباً ، وأماً وأختاً وشقيقة ، وأخاً الأب فإن الزوج يستحق النصف ، والأم تستحق السدس ، والأب يستحق الباقي ، ولا شيء للأخت والأخ ، لوجود الأب ، ويكون أصل المسألة ستة للزوج منها ثلاثة وللأم واحد ، والباقي للأب وقدره سهمان *

(ج) وإذا كان الورثة زوجاً ، وأباً ، وابنة ، فإن الزوج يستحق الربع ، والأب يستحق السدس مع الباقي بالتعصيب ، والبنت النصف ، ويكون أصل المسألة ١٢ لأن أصغر عدد يقبل القسمة على أربعة ، واثنين ، وستة هو - ١٢ ، يستحق الزوج ثلاثة أسهم ، والبنت تستحق ستة ، والأب اثنين بالفروض وواحداً بالتعصيب *

(د) وإذا كان الورثة زوجة ، وأماً ، وبنتاً ، وأختاً شقيقة ، فإن الزوجة تستحق الثمن ، والبنت تستحق النصف ، والأم تستحق السدس والأخت الشقيقة تأخذ الباقي ، ويكون أصل المسألة ٢٤ لأن ذلك أصغر عدد يقبل

أنقسمة على ثمانية وستة واثنين ، وعلى ذلك تستحق الزوجة ثلاثة ، وتستحق الأم أربعة ، وتستحق البنت اثني عشر سهما ، وتستحق الأخت الباقي وتقدره خمسة أسهم •

١٣٦ - مما تقدم يتبين أن أصل المسألة قد يكون ٢ وقد يكون ٣ وقد يكون ٤ وقد يكون ٦ وقد يكون ٨ وقد يكون ١٢ وقد يكون ٢٤ •

وأنه إذا كانت ثمة تركة تقسم على أصل المسألة إذا كان هناك صاحب فرض . ويعطى كل واحد من الورثة ما خص سهامه من أموالها ، وبذلك ينتقل النصيب من بيانه بالسهم أو النسب التقديرية إلى البيان بمقداره المالي من أصل التركة . وأن العمل الأخير يستطيع أى حسابى أن يتولاه ، بعد أن تولى الفرض بيان السهام المقدرة المبينة للحقوق بنسبها من غير تعيين مقدارها •

١٣٧ - التصحيح : وقد يكون القدر من السهام الذى يستحقه فريق من الورثة لا يقبل القسمة عليهم ، كأن يكون الورثة زوجة ، وبنتا ، وابنا ، فإنه فى هذه الحال يكون أصل المسألة ثمانية - استحققت الزوجة منها سهما ، وخص الابن وأخته سبعة ، وهى لا تقبل القسمة على ثلاثة ، ويراد معرفة مقدار نصيب كل واحد بالسهم ، والسهم لا يصح أن تبين بالكسور لأنها أرقام فرضية ، وتكون النسب واضحة جلية تستبعد الكسور ، ولذلك تصح بأن يضرب أصل المسألة فى أقل عدد يمكن معه أن يستحق كل وارث بمفرده قدرا من السهام برقم صحيح ، لا كسر فيه وهو هنا ثلاثة ، فالتصحيح إذن هو تضعيف أصل المسألة عندما يدخل نصيب أحد الورثة الكسر ، فيضرب فى أقل عدد يمكن أن يزول معه ذلك الكسر ، ولنضرب لذلك بعض الأمثلة :

(أ) إذا كان الورثة زوجا ، وأختا لأب ، وثلاث بنات ابن ، وبنتا ، فإنه يستحق الزوج الربع ، والأخت لأب الباقي ، والبنت النصف ، وثلاث بنات الابن السدس ، ويكون أصل المسألة هو ١٢ استحق الزوج ٣ واستحققت البنت ٦ واستحققت بنات الابن الثلاث اثنين ، وخص الأخت سهم واحد ، ولكن السهمين لا يقبلان القسمة على ثلاثة ، فيصح أصل المسألة بأن يضرب فى ثلاثة فيصير ٣٦ ، ويعطى الزوج ٩ والبنت ١٨ وبنات الابن ٦ لكل واحدة سهمان ، والأخت لأب ٣ •

(ب) وإذا كان انورثة زوجة ، وبنت ابن • وابن ابن وأما ، فإن الزوجة تستحق الثمن • والأم تستحق السدس ، وبنت الابن وابن الابن عصة يأخذان الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون أصل المسألة ٢٤ استحققت الزوجة ٣ والأم ٤ والباقي لبنت الابن وابن الابن وقدره ١٧ يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولكن العدد ١٧ لا يقبل القسمة على ثلاثة ، فيضرب أصل المسألة في ٣ فيكون ٧٢ وعلى ذلك يكون للزوجة ٩ ولأب ١٢ وللعصبة ٥١ استحققت بنت الابن ١٧ وابن الابن ٣٤ •

(ج) إذا كان المورثة زوجين ، وأما وبنتا وأربع أخوات شقيقات فإن الزوجتين تستحقان من التركة • والأم تستحق السدس ، وبنت النصف والباقي للأخوات الأربع • وعلى ذلك يكون أصل المسألة ٢٤ • أنثى ٣ — والنصف ١٢ والسدس ٤ والباقي ٥ — هي للأخوات ، ولكن نصيب الزوجتين لا يقبل القسمة على ٢ — ونصيب الأخوات لا يقبل القسمة على ٤ — ولذلك نحتاج إلى تصحيح في الظاهر ، ولكن أحدهما نغني عن الآخر ، لأن الضرب في ٤ يغني عن الضرب في ٣ وعلى ذلك يضرب أصل المسألة في ٤ فيصير ٩٦ •

العول

١٣٨ — العول معناه زيادة عدد السهام عن أصل المسألة بأن يكون أصحاب الفروض قد استحقوا عدة أنصبة ، وجموعها يزيد على الواحد الصحيح ، وفي هذه الحال لا يأخذ كل ذي سهم نصيبه كاملاً ، بل ينقص منه بنسبة هذه الزيادة ، ولكي يكون النقص بنسب تتفق مع الأنصبة تماماً سار الفقهاء على طريقة العول ، وذلك بأن يستخرج أولاً أصل المسألة ، ويعطى كل صاحب فرض سهامه على أساس ذلك الأصل ، ثم تجمع السهام ، فيبين أنها أكثر من أصل المسألة ، فتقسم التركة على عدد السهام ، ولا تقسم على أصل المسألة ، ولنضرب لذلك مثلاً ، إن كان في المسألة زوج وأم وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، فإنه في هذه الحال تكون الأنصبة أكثر من الواحد الصحيح ، ويقسم هكذا •

أولاً — يعطى كل ذي فرض نصيبه ، فيعطى الزوج النصف ، والأخت الشقيقة النصف ، والأم السدس ، والأخت لأب السدس تكملة للثلثين •

ثانياً - يستخرج أصل المسألة ، وهو ستة ، فيكون للزوج منها ثلاثة ، وللأخت الشقيقة مثله ثلاثة ، ولأم واحد ، وللأخت لأب واحد ، فيكون المجموع ثمانية أسهم ، وتكون قد عالت بائنين زائدين ، وتقسم التركة على عدد السهام ، فإذا كانت مائتي فدان يكون نصيب السهم ٢٥ ف ويستحق الزوج ٧٥ . والأخت الشقيقة ٧٥ ، والأم ٢٥ والأخت لأب ٢٥ .

وترى من هذا أن كل نصيب نقص بنسبة ما زاد في المسألة من أسهم ، فقد صار النصف ثلاثة أثمان ، والسدس ثلث ، ويكون ما نقصه كل واحد هو بنسبة ما نقصه الآخر من غير ظلم لأحد .

١٣٩ - ولقد وجدنا بالاستقراء أن أصول المسائل التي تعول هي ما كان أصله ستة وما كان أصله اثني عشر ، وما كان أصله ٢٤ . ولبنين ما يعول إليه كل أصل من هذه الأصول .

(أ) إذا كان أصل المسألة ستة ، فإنها قد تعول إلى سبعة ، وإلى ثمانية ، وإلى تسعة ، وإلى عشرة .

ومثال ما يعول إلى سبعة زوج وأختان شقيقتان ، فإن الزوج يأخذ النصف وعدد السهام له ثلاثة ، والأختين تأخذان الثلثين ، وعدد سهامهما أربعة . فيكون المجموع سبعة .

ومثال ما يعول إلى ثمانية : زوج وأختان لأب ، وأم ، فإن الزوج يأخذ النصف وقدره ثلاثة أسهم ، والأختين لأب تأخذان الثلثين ، وقدرهما أربعة أسهم . والأم السدس ، وقدره سهم ، فيكون المجموع ثمانية أسهم .

ومثال ما يعول إلى تسعة : زوج ، وأختان شقيقتان ، وأخوان لأم ، فإن الزوج يأخذ النصف وقدره ثلاثة ، والأختين تأخذان الثلثين ، وقدرهما أربعة ، والأخوان لأم يأخذان الثلث وقدره اثنان ، فيكون المجموع تسعة أسهم .

ومثال ما يعول إلى عشرة أن يكون في المسألة زوج وأخت شقيقة وأخت لأب ، وأخوان لأم ، وأم ، فيكون للزوج النصف بثلاثة أسهم . وللأخت الشقيقة مثله ، وللأخت لأب السدس بسهم واحد ، وللأخوان لأم الثلث بسهمين ولأم السدس بسهم واحد فيكون المجموع عشرة .

(ب) وإذا كان أصل المسألة اثني عشر فقد تعول إلى ثلاثة عشر ، وخمسة عشر ، وسبعة عشر * ولنضرب الأمثلة على ذلك .

مثال ما يعول من المسائل إلى ١٣ أن يكون في المسألة زوجة وأم وأخت لأب ، فيكون للزوجة الربع ، وللأم الثلث ، وللأخت النصف فيكون أصل المسألة ١٢ وتستحق الزوجة ثلاثة أسهم ، والأخت ستة أسهم ، والأم أربعة أسهم ، ويكون المجموع ثلاثة عشر .

ومثال ما يعول من المسائل إلى ١٥ أن يكون في المسألة زوج وبنتان ، وأم وأب ، فإنه يكون للزوج الربع ، للبنتين الثلثان - وللأم السدس وللأب مثله ، ويكون أصل المسألة من ١٢ يستحق الزوج ثلاثة أسهم ، والبنتان ثمانية أسهم ، والأب سهمين ، والأم سهمين ، فيكون المجموع خمسة عشر سهما .

ومثال ما يعول إلى ١٧ أن يكون في المسألة زوجة * وأم ، وأختان لأب ، وأخوان لأم ، فيكون للزوجة الربع ، وقدره ثلاثة أسهم ، وللأب السدس وقدره سهمان ، وللأختين لأب الثلثان ، وقدرهما ثمانية أسهم ، وللأخوين لأم الثلث ، وقدره أربعة أسهم ، فيكون المجموع سبعة عشر سهما .

(ج) وإذا كان أصل المسألة ٢٤ فإنها لا تعول إلا إلى سبعة وعشرين ، ومثال ذلك أن يكون في المسألة زوجة ، وبنتان ، وأم ، وأب ، فإن الزوجة تستحق الثلثين ، والأب يستحق السدس ، والأم مثله ، والبنتان تستحقان الثلثين ، وأصل المسألة يكون أربعة وعشرين ، ويكون للزوجة ثلاثة أسهم ، وللأب أربعة ، وللأم أربعة ، وللبنتين ستة عشر سهما ، فيكون المجموع سبعة وعشرين سهما (٧٩) .

٤٠ - هذا هو العول ، وهذه هي صورته وأمثله ، ويرى أنه توزيع عادل بين أصحاب الفروض ، إذا زادت عن الواحد الصحيح ، فإنه يكون التوزيع بينها بنسبتها ، لا بمقاديرها الأصلية ، ومثله في ذلك مثل الديون إذا ضاقت التركة عن سدادها ، فإنها تقسم قيمتها بينهم بنسبة ديونهم ، فكذا إذا ضاقت التركة عن أن تسع الفروض المقطرة كلها وزعت بين أصحابها بنسبتها

(٧٩) أحكام العول قد جمعتها المادة (١٥) من القانون ونصها ، وإذا زادت النصاب أصحاب الفروض على التركة قسمت بينهم بنسبة أنصبتهم .

واختاروا طريقة العول ، وهى التقسيم على عدد السهام من غير نظر إلى أصل المسألة ، لأن السهام هى التى تبين النسب ، فاختر مجموعها لتقسيم التركة عليه ، وبذلك يتحقق العدل من أقرب طريق ، ولقد وصل إليه عمر رضى الله عنه ببصيرته النافذة ، فكان أول من حكم بالعول ، وروى أنه حكم به بإشارة العباس رضى الله عنه ، فإنه يروى أنه وقع فى عهد الفاروق مسألة ضاق مخرجها عن فرضها ، فشاور الصحابة فيها ، فأشار العباس رضى الله عنه إلى العول ، وقال أعلوا الفرائض ، فتابعوه على ذلك ، ولم ينكره أحد ، وروى الزهرى عن ابن عباس أنه قال : « أول من آعاد الفرائض عمر بن الخطاب لما ألتوت عليه » ، ودافع بعضها بعضا ، قال : والله ما أدري أيكم قدم الله ، ولا أيكم آخر • وكان امرأ ورعا • فقال : « ما أجدر شيئا هو أوسع لى إلا أن أقسم المال عليكم بالحصص وأدخل على كل ذى حق ما دخل عليه من عول الفريضة » • وقد روى العول عن على رضى الله عنه ، فقد سئل عن بنتين وأبوين وزوجة فقال : « صار ثمنها تسعا » لأن المسألة ، عالت إلى سبعة وعشرين ، فصارت ثلاثة الأسهم تسعا ، بعد ما كانت فى الأصل ثمنا •

ومع موافقة جمهور الصحابة على رأى عمر فى العول قد خلفه ابن عباس وانكر شرعيته ، وقرر أنه تنقص الفرائض انقباذة لزوال الفريضة بالحجب أو التعصيب ، فإن كان فى المسألة زوج وأم وأخت شقيقة وأخت لأب ، فإنه يكون للزوج النصف كاملا ، وللأم نصيبها كاملا وللأخت الشقيقة ولأب الباقي بنسبة النصف إلى السدس •

والأساس فى هذا المذهب أمران :

أحدهما — أن بعض الفرائض أقوى من بعض ، وذلك لأن بعض الفرائض لا يقبل السقوط قط ، وبعض الفرائض يقبل السقوط ، ولا شك أن الفرائض التى لا تقبل السقوط أقوى من الفرائض التى تقبله ، إذ أن هذه ما ثبتت إلا لقوتها ، وعلى ذلك ينهار الأساس الذى قام عليه العول إذ العول مبنى على أنه لا يدري أى الفرائض يبقى على حالها ، وأياها ينقص منه •

ثانيهما — أنه تقاس حال زيادة الفرائض على حال التعصيب ، ففى التعصيب بالغير تأخذ صاحبة الفرض أقل مما كانت تأخذه ، وفى مسائل تعارض الفرائض لو زدنا على بعض أصحاب الفرائض من يكون عصبه به لا يكون تنازع • ففى حال ما يكون أم وزوج وأخت شقيقة ، لو أضفنا إلى المسألة أخا

شقيقا ما كان تنازع للفرائض ، لأن الأم ستأخذ السدس ، والزوج سيأخذ النصف ، والأخت الشقيقة تأخذ مع الأخ الشقيق الباقي ، وبالأستقراء في كل مسألة فيها زيادة الفروض عن التركة - صاحبة فرض كان يمكن أن تعصب بالغير ، وعلى ذلك تفرض حالها كما لو وجد الذكر ، فتأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض الثابتة التي لا تقبل الزوال •

وترى من هذا أن ذلك الرأي له أساس فقهي جيد ، ولذلك قال فيه ابن شهاب الزهري • لولا أنه تقدم ابن عباس إمام عدل فأمضى أمره وكان أمراء ورعا ما اختلف على ابن عباس اثنان من أهل العلم ، وأنه لو أخذ مذهب ابن عباس لذهب كثير من غرائب الأقضية • فما يكون أخ مشئوم ولا ابن ابن مشئوم إذ أن أساس ذلك أن تأخذ في حال الفرض • ولا تأخذ في حال التعصيب • ولو طبق هذا المذهب لتقارب مقدار الفرض مع مقدار التعصيب ، ولقل ذلك التنافر العقلي بين بعض المسائل ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

العصبات النسبية

١٤١ - بينا أصحاب الفروض وأنصبتهم ، وهم الذين يأخذون حقهم من التركة أولا ، والآن نتكلم فيمن يليهم ، وهم العصبة النسبية ، والعصبة النسبية مقابلة للعصبة السببية ، ويراد بالسببية المعتقد وعصبة الذكور ، وقد كانت في الماضي تلى العصبة النسبية مباشرة ، وتسبق الرد ، وتسبق ذوى الأرحام ولم يكن ثمة رد على الزوجين ، والآن هي مؤخرة عن الرد وعن ذوى الأرحام •

والعصبة النسبية هم أقارب الميت من الذكور ومن ينزل منزلتهم من الإناث ، الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، كالابن ، وابن الابن ، والأب ، وأبى الأب والأخ الشقيق وابنه ، والأخ لأب ، والعم شقيق الأب ، وفروعه الذكور ، وهكذا ، والبنت والابن إلخ •

ومرتبتهم في التقسيم بعد أصحاب الفروض ، وليس معنى ذلك أنهم في جهلتهم بعد أصحاب الفروض في جملتهم في الاستحقاق ، بل المراد أنه عند تقسيم التركة يعطى أصحاب الفروض أولا ، ثم يعطى الباقي للعصبة ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، فالترتيب ترتيب تقسيم لا ترتيب استحقاق ، لأنه قد يكون من

العصبة من يحجب بعض أصحاب الفروض حجب حرمان أو نقصان ، فالأصل المذكر يحجب أولاد الأم ، والفرع المذكر يحجب الإخوة والأخوات جميعاً حجب حرمان ، ويحجب الأم حجب نقصان ، وهكذا •

فالترتيب بين العصبات في مجموعهم ، وذوى الفروض في مجموعهم ترتيب قسمة لا ترتيب أولوية •

١٤٢ - والأصل الذى بنى عليه التوريث بالتعصيب يقوم على ثلاثة أمور :

أولها - قوله تعالى في شأن الأولاد : « يوصيكم الله في أولادكم للمذكر مثل حظ الأنثيين » وبين مع ذلك استحقاق كل من الأم والأب السدس فدل هذا على أن الأولاد يأخذون الباقي بعد النصيين • للمذكر مثل حظ الأنثيين • وكذلك قوله تعالى في شأن الإخوة والأخوات : « وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » فدللت هذه الآية على أن جهة الإخوة من جهات العصبة النسبية ، كما تدل الآيتان على أن الأنثى صاحبة الفرض إذا كان معها من يكون في درجتها في القرابة من الذكور ، إذ تكون عصبة به ، ويترك فرضها •

ثانيها - قوله صلى الله عليه وسلم : « ما أبقت الفرائض فلولى رجل ذكر » والمراد بالأولوية الأولوية في القرابة أى أقرب رجل ذكر ، كما ورد في بعض الروايات ، والقرب إنما هو من ناحية النسب ، والنسب لا يكون إلا من جهة الأب • وهذا الحديث قد أثبت التعصيب لكل قريب من الرجال يتصل بالميت اتصالاً نسبياً عن طريق الرجال ، أى لا ينفرد النساء في الاتصال في أى طبقة من الطبقات ، والحديث مع دلالته على ذلك يدل على أنه إذا تعدد العصبات ، لوحظ بينهم الترجيح بالقرب من الميت في الدرجة أو في قوة القرابة •

ثالثها - القرابة المعتبرة في غير الفروض هي قرابة الرجل دون قرابة الأنثى إلا عند الترجيح ، فتدخل قرابة الأنثى للترجيح لا لإثبات أصل التوريث ، وأنه بسبب أن الرجولة هي الأصل في التعصيب لا يكون العصبة في الأصل إلا رجالاً ، ولا يكون النساء عصبة إلا عندما تكون صاحبة فرض ، كأن كان معها أخ لها ، أو في منزلة الأخ ، فتكون عصبة به ، لكى تكون النسبة التى قررها

الشارع قائمة ، وهى أن يكون للذكر مثلاً حظ الأنثيين ، إذ لو أعطيت صاحبة الفرض فرضها لأدى ذلك إلى أن تكون أكثر منه . أو لا يأخذ شيئاً ، وهى تأخذ ، فجعلت عصبه به ، لتستمر النسبة الشرعية المقررة بين الذكر والأنثى .

وفى غير هذا صورة استثنائية قامت فيها الأنثى مقام الرجل ، لورود النص بذلك ، وهى حال الأخوات الشقيقات أو الأب مع الفروع الوارث المؤنث .

١٤٣ — هذه هى الأصول التى قام عليها توريث العصبات ، ولنتكلم أولاً فى أقسام العصبات ثم لنتكلم فى جهاتها .
تنقسم العصبه النسبية إلى ثلاثة أقسام :

(أ) عصبه بالنفس ، وهم الذكور من الأقارب الذين لا تنفرد بالتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، كالابن ، وابن الابن ، والأب والجد ، والأخ الشقيق أو لأب . . . إلخ . وهؤلاء هم الأصل فى التعصيب ، لأن العصبه فى الأصل من قبل الرجال ، إذ هم العصبه التى تحيط بالشخص ، وتحصى ذماره .

(ب) وعصبه بالغير ، وتكون للنساء صواحب الفروض اللاتى يكون فى طبقتهم أو ما يلحق بطبقتهم رجل ذكر يكون عصبه بنفسه ، فتكون عصبه به ، ويكون للذكر مثلاً حظ الأنثيين ، فشرط تحقق العصبه بالغير أن يتحقق أمران .

(أحدهما) أن تكون الأنثى صاحبة فرض فى الأصل ، ويكون معها من يعصبها ، فإذا لم تكن هى فى الأصل صاحبة فرض لا تكون عصبه به ، فابنة الأخ الشقيق لا تكون عصبه بابن الأخ ، لأنها ليست من أصحاب الفروض .
والعمة شقيقة الأب لا تكون عصبه بالعم .

(وثانى الأمرين) أن يكونا فى درجة واحدة ، وقوة قرابة واحدة ، فالأخ الشقيق يعصب الأخت الشقيقة ، ولا يعصب الأخ الأب ، ولا يعصب الأخ لأب الأخت الشقيقة ، لأن قوة القرابة ليست واحدة ، وإن اتحدت الدرجة ، ولم يستثن من اتحاد الدرجة إلا حال تعصيب ابن ابن الابن ، بنت الابن التى تكون أعلى منه إذا احتاجت إليه ، لأنه لو لم يعصبها لأدى إلى أن تأخذ بنت ابن الابن ، ولا تأخذ بنت الابن ، مع أنها منها بمنزلة البنت من بنات الابن فلتفادى مثلاً هذا الشذوذ جعلت عصبه به إن احتاجت إليه ، أما إذا لم تحتج إليه ، فإنها لا تكون عصبه به قط .

والعصبة بالغير لا تكون إلا أنثى ، وتنحصر في الأخوات الشقيقات ، أو لأب مع الأخ الشقيق أو لأب ، البنات وبنات الابن مع الأبناء ، وأبناء الأبناء •

(ج) وعصبة مع الغير ، وهى خاصة بالأخوات الشقيقات أو لأب مع الفرع الوارث المؤنث ، وقد ورد بتوريثهن الأثر الوارد عن ابن مسعود بإعطاء الأخت المباقى بعد نصيب البنت ، وقد سمي ذلك قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان سنة صحيحة ثابتة •

١٤٤ - هذه أقسام العصبة ، وجهاتها أربع :

الجهة الأولى - جهة البنوة ، وهى الابن ، وابن الابن . وإن نزل ما دامت لا تتوسط بينه وبين المتوفى أنثى ، والذكور فى هذه الجهة يكونون عصباء بأنفسهم ويعصبون النساء اللاتى يكن فى طبقتهم أو أعلى منهم ، إن احتجن إليهم ، على ما بينا فى أحوال بنات الابن •

الجهة الثانية - جهة الأصول ، وهى الكثر من الأصول الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، فتشمل الأب والجدة الصحيح وإن علا وليس فى هذه الجهة عصبة بغيره قط •

الجهة الثالثة - جهة الأخوة ، وهى فروع الأب الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، والذكور عصبة بأنفسهم ، والإناث لا يكن عصبة بالغير من هذه الجهة إلا الأخت الشقيقة أو لأب ، كما تكونان عصبة مع الغير عند وجود الفرع الوارث المؤنث •

وتشمل هذه الجهة الإخوة الأشقاء أو لأب وأخواتهم ، على النحو الذى ذكرناه فى أحوالهن ، وتشمل أيضا فروع الإخوة الأشقاء أو لأب الذكور فقط ، فلا تكون بنت الأخ الشقيق أو لأب عصبة قط لا بالغير ولا مع الغير •

الجهة الرابعة - جهة العمومة ، وهى فروع الجد الصحيح الذكور فقط ، مهما علت درجة الجد ، فالعم شقيق الأب أو لأبيه عصبة ، ولكن العممة لا تكون عصبة ، وابن العم الشقيق أو لأب عصبة ، وبنت العم لا تكون عصبة قط ، وذلك لأن العصبة بالغير محصورة فى ذوات الفرض اللاتى يكون فى طبقتهم ذكر يكون عصبة بنفسه ، والعمات وبنات الأعمام ، وبنات الإخوة لا يكن عصبة كذلك •

ويلاحظ في ترتيب درجات جهة العمومة عند تفاوت أصلهم ، وهو الجد الصحيح في القرب ، أن فروع الجد الأول أقرب درجة من فرع الجد الذي يليه ، مهما نزل أولئك الفروع ، فالعم أخو الأب وفروعه مهما نزلوا أقرب درجة من العم الذي يكون عما للأب وإن قربوا ، لأن الأول فرع للجد الأول ، والعم الثاني فرع للجد الثاني ، وهكذا كل فروع لجد قريب مهما نزلوا أقرب إلى الميت من فروع الجد البعيد مهما قربوا من الجد .

ويلاحظ ذلك عند ترتيب درجات العصباء إن تعددت .

١٤٥ - هذا وإذا كانت العصبه واحدا من أى جهة كان فإنه يستحق الباقي وحده ، فإذا كان ابن وحده أو جد وحده ، أو أخ شقيق أو ابن أخ شقيق أو عم لأب ، فإنه يستحق الباقي وحده ، لعدم وجود من ينازعه في الاستحقاق .

وإذا تعدد العصباء وتعددت جهاتهم فإنهم يقدم من كان من جهة البنوة على غيره ، فإن الابن أولى من الأب ، وتقدم جهة الأبوة على جهة الأخوة ، فيقدم الأب على الإخوة وأبنائهم ، والجد الصحيح على أبناء الإخوة . وقد استثنى من حكم هذه القاعدة حال الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب على النحو الذي بيناه في موضعه ، فإنهم يشاركون في التعصيب بشرط ألا يقل عن السدس ، على ما هو المعمول به الآن ، وكما شرحنا .

وإذا تعددوا وكانوا من جهة واحدة قدم أقربهم درجة ، فيقدم الابن على ابن الابن ، والأب على الجد والأخ لأب على ابن الأخ الشقيق ، والعم لأب على ابن العم الشقيق ، وتقدم الأخت ، ولو لأب إن كانت عصبه مع الغير على ابن الأخ وإن كان شقيقا ، ويقدم فروع الجد الأول مهما نزلوا على فروع الجد الثاني ، مهما علوا ، لأنهم أقرب درجة كما نوهنا .

وإن اتحدت الجهة ، واتحدت الدرجة قدم الأقوى قرابة ، والأقوى قرابة هو من تكون قرابته لأبوين ، فإنه يكون أقوى ممن تكون قرابته لأب واحد ، فالأخ الشقيق أقوى قرابة من الأخ لأب ، فيقدم عليه ، وابن الأخ لأب ، والعم الشقيق يقدم على العم لأب ، وأبنائها كذلك يكون للترتيب فيما بينهم ، وإن تعدد العصباء ، وكانوا جميعا من جهة واحدة ، وفي درجة

واحدة ، وقوة قرابتهم واحدة ، كانوا جميعا مستحقين ، إذ لا تفاوت بينهم ، ولا وجه لترجيح أحدهم على الآخر . فيكونون في التعصيب سواء .

ويلاحظ أنهم إذا كان فيهم إناث استوفين شروط التعصيب كن عسبة بالغير على أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين^(٨٠) .

ويجب أن يلاحظ أن العسبة يأخذون دائما الباقي بعد أصحاب الفروض ، فإن لم يبق شيء بعد أصحاب الفروض لا يأخذ العسبة شيئا كما هو ثابت في كل المسائل التي فيها عول ، والتي لا عول فيها ، فإذا كان في المسألة زوج وأخت شقيقة وأخ لأب وأخت لأب ، فإنه لا يكون للأخ لأب وأخته شيء لأنهما عسبة ولم يبق شيء .

(٨٠) الإرث بالتعصيب النسبي بينته بعمومه المواد ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ، ١٩ ، ٢٠ وهذا نصها : مادة — ١٦ — إذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض ، أو وجد . ولم تستغرق الفروض التركية ، كانت الزكة ، أو ما بقى منها بعد الفروض للعسبة من النسب ، والعسبة من النسب ثلاثة أنواع : (١) عسبة بالنفس . (٢) وعسبة بالغير . (٣) وعسبة مع الغير .

مادة ١٧ — للعسبة بالنفس جهات أربع ، مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي : (١) البنوة ، وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل . (٢) الأبوة وتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا . (٣) والأخوة وتشمل الأخوة الأبيوين ، والإخوة لأب ، وأبناء الأخ لأبيوين ، وأبناء الأخ لأب ، وإن نزل كل منهما . (٤) والعمومة وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه . وأعمام جده الصحيح ، وإن علا ، سواء أكانوا لأبيوين أم لأب ، وأبناء من ذكروا ، وأبناء أبنائهم وإن نزلوا .

مادة ١٨ — إذا اتحدت العسبة بالنفس في الجهة كان المستحق للأرث أقربهم درجة إلى الميت ، فإن اتحدوا في الجهة والدرجة كان التقدم بالقوة ، فمن كان ذا قرابتين للميت قدم على من كان ذا قرابة واحدة . فإذا اتحدوا في الجهة والدرجة كان الإرث بينهم على السواء .

مادة ١٩ — العسبة بالغير هن : (١) البنات مع الأبناء . (٢) بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا في درجتهم مطلقا أو كانوا أنزل منهم إذا لم يرثن بغير ذلك . (٣) الأخوات لأبيوين مع الإخوة لأبيوين ، والأخوات لأب مع الإخوة لأب ، ويكون الإرث بينهم في هذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين .

مادة ٢٠ — العسبة مع الغير هن : الأخوات لأبيوين أو لأب مع البنات أو بنات الابن ، وإن نزل ، ويكون لهن الباقي من التركة بعد الفروض ، وفي هذه الحال يعتبرن بالنسبة لباقي العصبات كالأخوة لأبيوين ، أو لأب ، ويأخذن أحكامهم في التقدير بالجهة والدرجة والقوة .

كما أنه إذا لم يكن أحد من أصحاب الفروض أخذ العصبة التركة كلها •

ويجب أن يلاحظ هنا أنه إذا كانت المسألة المشتركة : وهي تكون إذا وجد مع الإخوة لأُم إخوة أشقاء لم يبق لهم شيء ، فإنهم يأخذون باعتبارهم إخوة لأُم ، لا شترآكهم في الوصف ، ويلغى اعتبار الأب في التوريث تحقيقا للعدالة في تطبيق النصوص . كما هو رأى عمر وجمهور من الصحابة •

١٤٦ - وترتيب العصباء على النحو الذى بيناه هو التطبيق الدقيق لقول النبى صلى الله عليه وسلم « فما أبقت الفروض فلاولى رجل ذكر » :

(أ) فإنك ترى أن جهة البنوة قدعت على غيرها . لأنهم أجزاء المتوفى . فهم شخصه ، أو كشخصه ، وتابعون له تبعية الفرع للأصل ، وكأنه إذا ذكر فقد ذكروا ، ومثل هذا في المحسوسات الأرض والشجر ، فإنه يكون تبعاً لها بحيث إذا ذكرت دخل في مضمونها ، وإن لم ينص عليه : وكمثل الشجر وانثمر إذا ذكر الشجر دخل الثمر في مضمونه . وهكذا كل شيء يعد جزءاً من شيء آخر ، يعتبر في مضمونه ومحتواه يدخل عند ذكره من غير نص ، ويكون قريباً من هذا في الاعتبار حال الأبناء مع آبائهم ، لأنهم أجزاء منهم ، فهم وإن انفصلوا عنهم في الوجود ، لم ينفصلوا عنهم في الصلة بالنفس والعرق . فكانوا أولى الناس بمالهم وخلافتهم فيه ، وإن الناس جروا على اعتبار الابن غنياً بغنى أبيه وأمه وجده ، فكان مالهم له ، وهو كاشخاصهم •

ولهذا قدم الأبناء على الأب والأجداد في التعصيب لأن الأب ليس جزء الابن ، فلا يشتمل الابن عليه ، كما يشتمل الأب على ابنه . وإن الأب أقرب الناس إليه ولده ، وأن الله سبحانه وتعالى قدم الأولاد في التعصيب على الأصول على غيرهم من الحواشي فلأن الحواشي طريق اتصالهم بالميت إنما هو ذكر أن حق الأبوين مع الأولاد السدس ، فقال « ولأبويه لكل واحد منهما السدس » •

فكانت أولوية الفروع على الأصول ثابتة بالعقل والنقل ، أما تقديم الأصول في قوله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » ثم عن طريق أولئك الأصول ، فالإخوة اتصلوا بالميت عن طريق الأب . والأعمام اتصلوا بالميت عن طريق الجد ، ثم الأب . وهكذا تتفاوت درجات اتصالهم بالميت بمقدار قربهم من الأصل الذى يتصلون به ومقدار قرب الأصل الذى

يوصلهم به • وإذا كان اتصالهم بالميت عن الأصل ، فإنه بتطبيق القاعدة الفقهية المقررة أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث بكون الأصول أولى من الحواشي جميعا ، وإن تطبيق هذه القاعدة على ذلك النحو الدقيق جعل جمهور الفقهاء يشركون الإخوة الأبوين والأب مع الجد الصحيح ، لأنهم لا يدلون به ، بل يدلون بالأب وحده •

وهناك وجه آخر لتقديم الأصول على الإخوة والأخوات وأولادهم هو أن ميراث أولئك ميراث كلاله ، كما عبر القرآن الكريم عن ميراث الإخوة والأخوات والكلالة هو الميت الذي ليس له أصل ولا فرع ، فهو قد ذكر ميراثهم في حال عدم وجود الأصل والفرع ، فحيث وجد الأصل أو الفرع فلا ميراث لهم ، فالأصول بهذا مقدمون على الحواشي ، والذين ورثوا الإخوة والأخوات ولم يعتبروا الجد حاجبا نظروا إلى إدلاء كل منهما بالأب على ما بينا ، ولم يعتبروا من الكلالة عدم وجود الجد ، ولذلك ورثوا الإخوة معه ، وذلك لنص القرآن على ميراثهم ، وعدم نصه على ميراثه •

وليس لأبناء الإخوة ذلك النظر ، لأن القرآن لم ينص على ميراثهم ، فبقى إعمال الحديث : وهو إعطاء أقرب رجل ذكر ، ولا شك أن الجد الصحيح أقرب في نظر الناس ، وفي أحكام الشارع لكلا من ابن الأخ ، ولو كان شقيقا ، فله ولاية شرعية على حفيده ، وليس لابن الأخ ولاية مالية إلا باقامة الأب أو القاضى •

وتقديم جهة الأخوة على جهة العمومة لسببين :

أحدهما — أن جهة الإخوة ثابت ميراثها بالقرآن ، لأنها تابعة لميراث الكلالة ، وميراث الكلالة ثبت بالقرآن الكريم ، أما ميراث الأعمام فلم يثبت بهذا النص المحكم المقطوع به في سنده ودلالته •

والسبب الثانى — أنهم أقرب إلى الميت ، لأنهم جزء الأب بخلافة الأعمام فهم جزء الجد ، والأب بلا ريب أقرب من الجد ، فكان قربهم مشتقا من قرب من يدلون به •

والأعمام فيما بينهم مرتبون هم وأبنائهم ذلك الترتيب ، فالذين يدلون إلى جد قريب أقرب من الذين يدلون إلى جد بعيد ، ويعتبرون هم وفروعهم جهة في العمومة أولى من أولاد الجد الذى يليه وفروعه ، وهكذا •

هذا بيان وجهه الأولوية أو القرب في الجهات بعضها مع بعض . أما الترتيب بين آحاد الجهة الواحدة من حيث التقديم بقرب الدرجة ، ثم قوة القرابة ، فالسبب في تقديم الدرجة أن صاحب الدرجة القربى يكون هو الذى أدلى به صاحب الدرجة البعيدة ، أو يكون في طبقته ، والأول تنطبق عليه قاعدة أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجوده ، والثانية تثبت الأولوية بالمقياس لأنه يكون مثل من يدلى به صاحب الدرجة البعيدة وشريكه في التعصيب إن لم يكن سواهما أولى منهما ، فيثبت له ما يثبت لشريكه حجب من كان يحجبه •

وأما قوة القرابة ، فلأنها تكون سببا في قوة الاتصال . وقوة الاشتراك في المصالح ، وهى كذلك في نظر الناس . فالشقيق في قوة الاتصال الطبعي ، وعند الناس أقرب ممن يكون لأب ، فكان كذلك في نظر الشارع . والله سبحانه وتعالى أعلم •

الميراث بوصفين

١٤٧ - بينا أصحاب الفروض واستحقاقهم واحدا واحدا ، وبيننا انعصبات وجهانهم ، والترتيب بين درجات استحقاقهم ، وهذه أحكام تنطبق على من يتحقق فيه الوصف الموجب للاستحقاق فيها . وقد يوجد شخص يتحقق فيه وصفان ، وكلاهما موجب للاستحقاق ، فقد يكون الزوج هو ابن العم . فيكون فيه وصف الزوجية الموجب للاستحقاق بالفرض ، ووصف العمومة المسوغ للاستحقاق بالتعصيب في درجته ، وقد يكون أخ لأم هو ابن عم ، فيكون فيه الاستحقاق بالفرضية من ميراث انكلا له ، ويحون فيه وصف العمومة ، فهل يرث بالوصفين إن كان كلاهما يوجب الميراث ؟

المقرر عند الفقهاء أنه إذا اختلفت جهة التوريث ، بأن كان سبب التوريث يختلف ، لتغاير الوصفين واعتبار الشارع كل واحد منهما سببا للميراث كالأمثلة السابقة ، فإنه يرث بالوصفين ، فيكون الشخص الواحد وارثا بالوصفين معا ، لأن اختلاف الوصفين الموجبين للتوريث جعله كشخصين مختلفين لتغاير السبب الموجب في الوصفين ، فيرث الزوج بفرضية الزوجية ، ويرث الباقي بالتعصيب ، وإذا كان المتوفى ترك أخا لأم هو ابن عمه ، وأما وأختا شقيقة ، فإنه يرث السدس بوصف كونه أخا لأم ، ويرث الباقي باعتباره عصة إذا لم

يكن عصبه سواء . وعلى ذلك يأخذ السدس فرضا ، وتأخذ الأم مثله ،
والأخت الشقيقة النصف . فيكون سدس آخر ، فيستحقه بوصف كونه عصبه .

والسبب واضح في تعدد الاستحقاق على هذا الوجه . لأن الوصفين
متغايران وكل واحد منهما يصلح سببا منفردا ، فعند اجتماعهما لا يلغى ما
كان يوجب كل واحد على الانفراد فيرث بالجهتين .

١٤٨ - وعلى ذلك إذا تعددت القرابة مع بقاء الوصف الموجب للميراث
لا يتعدد سبب الاستحقاق ، وذلك كما في أجدات ، فإن الجدات إذا
تعددن اشتركن في السدس ، ولا يتعدى نصيب جدة لتعدد طرق قرابتها ،
كان تكون هناك أم أم أم أم أم أبي أبي ، فإن السدس يقسم بين
الاثنين مناصفة . ولا يقسم ثلاثا . فلا تأخذ التي تعددت طرق قرابتها
إلا نصيب جدة واحدة . ولا تأخذ نصيب جدتين خلافا للإمام محمد رضى
الله عنه كما نوهنا .

والفرق بين هذه الحال والحال التي يرث فيها الوارث بالوصفين المتغايرين
أن تعدد الجهة جعل الوصفين الموجبين لميراث متغايرين ، فالزوجيه غير العمومة
والأخوة لأم أم أم غير العمومة ، وكل منهما وصف موجب للتوريث ، ولا سبب يوجب
إلغاء أحدهما ، فيرث بالجهتين ، أما حال الجدات ، فإن تعدد طرق القرابة
لا يأتى بوصف جديد موجب للتوريث ، إذ هي ترث بوصف كونها جدة واحدة
مهما تعددت قرابتها . لأن التعدد لا يغير الوصف .

ولكن الإمام محمد رضى الله عنه ، اعتبر تعدد القرابة كتعدد الجهات
والفرق بينهما ما بينا .

١٤٩ - ولقد تكلم الفقهاء على تعدد الجهات بالنسبة لغير المسلمين ،
فقالوا إنها توجب الاستحقاق ما دام التعدد أوجب وصفين موجبين للميراث
متغايرين كل منهما يوجب الاستحقاق بالانفراد ، فيرث بالوصفين ولو كان السبب
الموجب للتعدد محرما عند المسلمين ما دامت ديانتهم تبيحه ، فلو تزوج مجوسى
أمه ، فأعقبت منه بنتا ، فإنها ترث من أمها بالوصفين بوصف كونها بنت
ابن وبوصفها بنتا . فتأخذ بالثاني النصف ، والأول السدس ، تكملة للثلثين
لأن الوصفين يوجب كل منهما استحقاقا منفردا عن استحقاق الآخر ، فترث
بالوصفين . وهذا رأى عمر وعلى وابن عباس وبه أخذ الحنفية .

وروى عن زيد بن ثابت وابن مسعود ، أنها لا ترث بالوصفين وإنما ترث بوصف واحد ، ويختار له أثبت القرابتين ما دامت الجهة لم تتعدد كما في المثال السابق ، ويختار في المثال السابق ميراثها بالنصف ، لأنه أثبت انقرابتين •

هذا إذا تعددت الجهة فإن الاستحقاق يتعدد كما هو جار بين المسلمين لأن الجهة حيث تغيرت ، فقد تغير سبب الاستحقاق ، أما إذا تغير الوصف من غير أن تتغير الجهة ، فإن الاستحقاق واحد ، ويختار من أحد النصيين أقواهما •

الحجب

١٥٠ - ذكرنا الحجب في كل مسألة من مسائل أصحاب الفروض فبيننا أحوال الحجب عند بيان أحوال المستحقين للفروض الشرعية المقدرة ، وبيننا عند بيان العصابات طرائق التقديم والتأخير ، وبذلك تتبين أحوال الحجب فيها أيضا •

والآن نبين الفوابط العامة للحجب ، ونشير إلى تطبيقها ، ونسرد عددها المحجوبين • وقبل أن نذكر ذلك نعرف الحجب ، ونميز أقسامه فنقول :

من قام به سبب الإرث فهو أقسام أربعة :

الأول - مستحق النصف كاملا لا ينقص ، كالبنات عند انفرداها ، فإنها تستحق النصف ، وما دامت منفردة فلا يوجد من ينقص نصيبها ، وهذا القسم هو الذى قام به سبب الإرث ، وانقثت فيه موانعه ، أى لم يكن مانع من موانع الإرث التى ذكرناها فى صدد كلامنا ، وكانت حاله مع الأوصاف القائمة التى قيد بها لا يؤثر فيها وارث آخر •

والقسم الثانى - من قام به سبب الإرث • وقام به مانع من موانع الإرث كأن يكون قاتلا ، أو يختلف الدين ، وأحدهما مسلم ، أو تختلف الدار على النصو الذى بيناه آنفا ، وهذا يعتبر فى حكم المعدوم ، لا يرث شيئا ولا يؤثر فى نصيب غيره بحال من الأحوال • فإذا كان لمتوفى ابن قاتل أو غير مسلم ، فإنه يكون كالمعدوم ، لا ينقص نصيب الزوجة ، ولا نصيب الزوج ، ولا نصيب الأم ، ولا يمنع الأب من التعصيب ولا يحجب الإخوة والأخوات • وهكذا ،

وذلك إذا كان للمتوفى إخوة قائم بهم مانع من موانع الميراث فإنهم لا يؤثر
في نصيب الأم فينقلونه من الثلث إلى السدس ويشاركون الجد •

ويسمى من كان على هذه المشاكلة ممن قام به سبب الإرث ووجد مانع
ممنوعاً أو محروماً ، وتسمى حاله حال حرمان أو حال منع •

القسم الثالث - ورثة قائم بهم سبب الإرث ، وانتفى المانع ، بأن لم
يوجد بهم مانع من موانع الإرث مطلقاً ، ولكن وجد من هو أولى منهم
بالميراث ، فلم يأخذوا معه شيئاً كالجد ، عند وجود الأب ، والأخ لأب عند
وجود الأخ لأشقيق ، وبنت الابن عند وجود بنتين من غير أن يوجد من يعصبها ،
وابن الابن مع الابن ، والجددة عند وجود الأم ، والجددة البعيدة مع الجدة
القريبة ، وغير ذلك ، وهؤلاء يسمون محجوبين حجب حرمان ، ولا يسمون
محرومين •

والفرق بين هذا الحجب والحرمان - أن الحرمان يوجد فيه سبب
التوريث ، ولا تنتفى موانعه ، أما الحجب فإنه يوجد فيه سبب التوريث ،
وتنتفى موانعه ، ولكن يوجد من هو أولى بالميراث منه ، لأن الاستحقاق
في الميراث له درجات ، ولا يستحق أهل درجة ما دام أهل الدرجة التي
تسبقها على قيد الحياة •

القسم الرابع - من قام به سبب الإرث ، وانتفت موانعه ، ولم يكن من
هو أولى منه ، ولكن وجد من اقتضى وجوده تعديل الأنصبة ، فانتقص
نصيبه وانتقل من الأكثر إلى الأقل ، كأحد الزوجين مع الفرع الوارث ، والأم
مع انفرع الوارث أو الجمع من الإخوة ، والأم مع أحد الزوجين ، والاب في
المسألة الغراوية ، فإن وجود بعض الورثة أثر في انصببة بعضهم ، وجعلهم
يأخذون الأقل بدل الأكثر ، ويسمى الذين نقصت أنصبتهم محجوبين حجب
نقصان ، والفرق بينه وبين حجب الحرمان واضح في حقيقته ، وفي سببه ، أما
الحقيقة فهي أن حجب الحرمان لا يأخذ فيه المحجوب شيئاً ، وحجب النقصان
يأخذ فيه ، وأما السبب فهو أن حجب الحرمان يكون في الورثة من هو أولى
بالاستحقاق من المحجوب ، وأما حجب النقصان فيكون من الورثة من اقتضى
وجوده تعديل التقسيم •

١٥١ - من هذا تتبين حقيقة الحجب ، وتتميز أقسامه ، والآن نبين

أصول الفقهية التي بنى عليها الحجب ، فنذكر التواعد التي يقوم عليها ، وقد كنا نشير إليها في أثناء بيان الحجب في مواضعه على شكل علة له ، والآن نجعل بيانها نضبطها ، وها هي ذى :

القاعدة الأولى للحجب - أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب حجب حرمان عند وجود ذلك الوارث ، لأنه حيث اجتمع الوارث ومن يدلى بسببه ، كان هو أولى بالميراث منه : لأنه أقرب إلى الميت ، ولأن البعيد إنما اتصل بالميت بسبب ذلك الأقرب ، ولقيامه مقامه ، وحيث وجد الأصل لا يستحق من كان بدلا عنه .

وإن هذه القاعدة تسرى على العصبات من غير استثناء ، فالأب يحجب الجد ، والأخ الشقيق يحجب ابنه ، والابن يحجب ابنه ، ويحجب ابنته ، والعم يحجب ابنه ، وهكذا .

وتسرى هذه القاعدة أيضا على كثير من أحوال أصحاب الفروض ، فالأب يحجب الجد في فرضه - والأم تحجب أم الأم ، ولا تسرى هذه القاعدة في بعض أحوال أصحاب الفروض ، كأولاد الأم بالنسبة نلأم : فإنهم يرثون مع وجودها ، بل يحجبونها حجب نقصان إذا تعددوا ، ويحجبهم الأب والجد مع أنهم لا يدلون بهم ، لأن النص قيد ميراثهم بأن يكون الميت كلاله ، ليس له والد ولا ولد .

ولكى تكون قاعدة الإدلاء مطردة لا تقبل المتخلف ، ولا يدخل في عمومها أولاد الأم ثم يستثنون تكون هكذا : كل من يرث بوصف واستحقاق معين يحجبه من يدل به إذا كان يرث بذلك الوصف وهذا الاستحقاق ، وبذلك تكون القاعدة جامعة مانعة .

القاعدة الثانية - أن الأقرب يحجب الأبعد إذا كان يستحق بوصفه ونوعه وهذه القاعدة أعم من القاعدة السابقة ، لأنها تشمل البعيد الذي يدل بأقرب منه ، ومن لا يدل به ، وعلى مقتضى هذه القاعدة يحجب الابن ابن الابن ، ولو لم يكن أباه ، والبناتان تحجبان بنت الابن في الاستحقاق بالفرض ، والأخ يحجب العم ، وإن كان هذا لا يدل به ، والأم تحجب الجدة ، والقربى تحجب تبعدى من الجدات ، وإن كانت لا تدلى بها ، وهكذا في كل الأحوال التي يكون فيها أقرب يستحق قدرا بوصف يحجب الأبعد الذي

يستحق ذلك القدر بهذا الوصف ، وهذه القاعدة تتحقق في العصابات وأصحاب الفروض على سواء .

القاعدة الثالثة - أن الأقوى قرابة يحجب الأضعف منه : فالأخ الشقيق يحجب الأخ الأب ، والأخت لأب لا تأخذ النصف مع وجود الأخت الشقيقة ، وهكذا في كل الأحوال التي تتحد فيها الدرجة ، وتختلف قوة القرابة ، فيلاحظ أن هذه القاعدة لا تطبق إلا حيث يكون الاشتراك في الدرجة وإلا فإن اختلفت الدرجة اعتبر الحجب بقربها ، ولا تطبق هذه القاعدة إلا في العصابات .

١٥٢ - هذه هي القواعد التي تعد أصوب للحجب في الميراث وهي تكشف كشفا تاما عن نظام التوريث في الإسلام ، والآن نسرد من يحجبون ومن لا يحجبون ، كما جاء في قانون الميراث ، وإن كنا قد بينا حكم كل حال في موضعها .

(أ) قد بين القانون حجب الجدات ، فذكر أنهن يحجبن بالأم مطلقا سواء أكن أبويات أم كن من طريق الأم ، وأن الأب يحجب الأبويات فقط ، وأن أبا الأب يحجب من يدلى به من الأبويات تطبيقا للقاعدة الأولى التي ذكرناها ، وأن القربى تحجب البعدي تطبيقا للقاعدة الثانية (٨١) .

(ب) وبين أيضاً أن أولاد الأم يحجبهم الأصل المذكر ، والفرع الوارث مطلقا مذكرا كان أم مؤنثا ، وذلك للنص ، لأنه نص على توريثهم مقيدا بأن يكون الميت كاللة ، فهذا نوع من الحجب ، الأصل في ثبوته هو النص الكريم ، لأن الميراث مقيد فيه بقيد - فلا يثبت عند تخلف هذا القيد (٨٢) .

(٨١) قد ذكرت المادتان ٢٣ و ٢٤ الفرق بين الحجب والحرمان ، وهذا نصهما :

مادة ٢٣ - الحجب هو أن يكون لشخص أهلية الإرث ، ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث آخر ، والمحجوب يحجب غيره .

مادة ٢٤ - المحروم من الإرث لمانع من موانع لا يحجب أحدا من الورثة . وقد بينت المادة ٢٥ حجب الجدات ، وهذا نصها : « تحجب الأم الجدة الصحيحة مطلقا ، وتحجب الجدة القريبة الجدة البعيدة ، ويحجب الأب الجدة لأب ويحجب الجد الصحيح الجدة الصحيحة إذا كانت أصلا له » .

(٨٢) بينت المادة - ٢٦ - حجب أولاد الأم ، وهذا نصها : « يحجب أولاد الأم كل من الأب والجد الصحيح ، وإن علا ، والولد وولد الابن ، وإن نزل » .

(ج) وبين القانون حجب بنات الابن . فذكر أنهن يحجبن بالابن . وابن الابن الأعلى منهن ، وكذلك يحجب بنت الابن البنات . إذا لم يكن من يعصهما ، وبنات ابن أعلى منها ، وأن ذلك تطبيق للقاعدة الثانية ، وهي أن الأقرب درجة يحجب الأبعد درجة ، وإذا كان الابن هو آبا بنت الابن ، فإنه يحجبها تطبيقاً للقاعدة الأولى ، وهي قاعدة الإدلاء (٨٣) .

(د) وذكر القانون أن الأخت الشقيقة يحجبها الفرع الوارث المذكر وإن نزل ، كما يحجبها الأب . والسبب في ذلك هو النص : لأن ميراث الإخوة مشروط بأن يكون الميت يورث كلاله أى ليس هناك ابن ولا أب . كما عسر جمهور العلماء ، والأخت ولو كانت شقيقة تعدد كلاله ، وذلك يقتضى ألا ترث مع وجود الابن أو الأب ، وفوق ذلك الأخت الشقيقة تدلى إلى الميت بالأب واستحقاقها النصف هو بسبب ذلك الإدلاء . فلا ترث مع وجوده تطبيقاً للقاعدة الأولى .

والأخت لأب تحجب بهذين الحاجبين للسبب الذى ذكرناه ، وفوق ذلك تحجب بالأخ الشقيق ، لأنه عصبه ، ويحول به ميراث الأخوات الأبوين إلى التعصيب . وهو أقوى قرابة ، فتطبق القاعدة الأخيرة . وكذلك الأخت الشقيقة إذا صارت عصبه مع الغير تحجب الأخت لأب ، لأنها أقوى قرابة . وقد تحول التوريث إلى حال الاستحقاق بالتعصيب .

والأختان الشقيقتان تحجبان الأخت لأب إن لم يكن من يعصها ، لأنه إن لم يكن من يعصها ، فالميراث بالفرض : والأخت الشقيقة أولى به منها لقسوة قرابتها ولم يفضل شيء من الثلثين اللذين اختص بهما الأخوات فلا ترث (٨٤) .

(٨٣) بينت المادة — ٢٧ — من يحجب بنات الابن ، وهذا نصها : « يحجب كل من الابن ، وابن الابن وإن نزل بنت الابن التى تكون أنزل منه درجة ، ويحجبها أيضا بنتا ابن أعلى منها درجة ما لم يكن معها من يعصها طبقاً لأحكام المادة ١٩ . »

(٨٤) بينت المادة — ٢٩ — حجب الأخوات لأب وهذا نصها : « يحجب الأخت لأب كل من الأب ، والابن وابن الابن ، وإن نزل ، كما يحجبها الأخ لأبوين ، والأخت لأبوين ، إن كانت عصبه مع غيرها ، طبقاً لحكم المادة ٢٠ — والأختان لأبوين إذا لم يوجد أخ لأب . »

الرد

١٥٣ - هذه هي الدرجة الثالثة في توزيع الميراث ، وهي تكون إذا لم يكن عصبات من النسب ولم تستغرق الفروض التركية كلها ، فهو ضد العول ، وفي هذه الحال يقسم الباقي على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم •

وليس كل أصحاب الفروض درجة واحدة في الرد ، فالزوجان لا يرد على أحدهما مع غيرهما من أصحاب الفروض ، بل الرد - أولاً - يكون على أصحاب الفروض غير الزوجين ، فإن لم يكن أحد من أصحاب الفروض غيرهما قط ، تم لم يكن أحد من ذوى الأرحام ، وهم أقارب المتوفى الذين لم يكونوا أصحاب فروض ولا عصبات ، ففي هذه الحال يكون الرد على أحد الزوجين •

وعلى ذلك يكون للرد مرتبتان : (إحداهما) الرد على أصحاب الفروض غير الزوجين • ويكون ذلك إذا لم تكن عصبات ، والفروض لم تستغرق التركية (والمرتبة الثانية) الرد على الزوجين ، وتكون هذه إذا لم يكن للمتوفى أحد من أقاربه قط . لا أصحاب فروض ولا عصبات ، ولا ذوى أرحام : ففي هذه الحال يرد على أحد الزوجين . لأن الصلة بينهما وبين المتوفى أقوى من ولاء العتافة ، كما هو مذهب القانون •

وعلى ذلك إذا كان المتوفى قد ترك إلهما ، واختا شقيقة ، فإن الفروض لا تستغرق التركية ، ويرد الباقي على الأُم ، والأخت الشقيقة ، بنسبة ثلث إلى نصف أي يقسم على خمسة . تستحق الأُم اثنتين منها ، والأخت ثلاثا •

وإذا كان المتوفى قد ترك زوجة ، وبنتا • وبنت ابن ، فإنه لا يرد على الزوج ، ولكن الباقي بعد هذه الفروض يرد على البنت وبنت الابن ، بنسبة سدس إلى نصف ، أي يقسم الباقي أربعة أقسام يكون لبنت الابن واحد ، وللبنت ثلاثة ، وفي كل هذا ترى أحد الزوجين لا يرد عليه ، لأنه ما دام معه أحد أصحاب الفروض غيره ، أو أحد من ذوى الأرحام ، فلا يرد عليه •

١٥٤ - والمسائل التي تشتمل على الرد قسمان :

أحدهما : أن يكون أصحاب الفروض جميعا يرد عليهم ، وفي هذه الحال تقسم عليهم التركية من أول الأمر بنسبة فروضهم ، فإذا كان للميت أم وأخت

شقيقة وأخت الأب ، فإن الأم تأخذ السدس ، والأخت الشقيقة تأخذ النصف والأخت الأب تأخذ السدس ، ويكون أصل المسألة ستة . فيكون للأم واحد ، وللأخت الأب مثله ، ويكون للأخت الشقيقة ثلاثة . فيكون مجموع أسهام خمسة^(٨٥) فإذا كانت التركة ١٠٠ فدان قسمت على خمسة : وتستحق الأم على هذا عشرين فدانا ، والأخت لأب مثلها ، والشقيقة ستين فدانا .

وإنما قسمت التركة من أول الأمر على عدد السهام ، للاختصار ، والنتيجة لا تتغير عما إذا أخذت أولا الفروض المقدرة ، ثم قسم بعد ذلك الباقي بنسبة الفروض .

القسم الثانى من المسائل المشتملة على الرد : أن يكون فى المسألة ذوى فروض يرد عليهم ، وأحد الزوجين لا يرد عليه .

وفى هذه الحال نسلك لحل المسألة إحدى طريقتين :

أولاهما — الطريقة المعتادة ، وهى أن يستخرج أصل المسألة من مخارج الفروض ، فيكون الأصل أقل عدد يقبل القسمة على مخارج هذه الفروض ، ثم يبين ما يستحقه كل فرض من سهام الأصل ، وما بقى من السهام يقسم على أصحاب الفروض النسبية ، وهى فروض غير الزوجين بنسبة سهامهم ، ثم تقسم التركة على أصل المسألة ، فإذا كان المتوفى قد ترك ورثة هم زوجته ، وأمه وأخوان لأمه فإن الأم تستحق السدس لوجود جمع من الإخوة ، والأخوين يستحقان الثلث ، والزوجة تستحق الربع ، ويكون أصل المسألة — ١٢ — تأخذ الزوجة منها — ٣ — وفرض الأم — ٢ — وفرض الأخوين — ٤ — فيكون الباقي ثلاثة ترد إلى الأم والأخوين بنسبة — ٢ — إلى — ٤ — أو — ١ — إلى — ٢ — فيكون للأم من الباقي — ١ — يضاف إلى ما كان لها من أصل فرضهما . فيكون مجموع سهامهم — ٦ — ، ثم تقسم التركة ، ولتكن ٢٤٠ ف على أصل المسألة ، ويعطى كل صاحب فرض ما يساوى مجموع سهامه ، وفى هذه الطريقة عيب لمظنة الخطأ ، لأن أصل المسألة قد يكون كبيرا ، وقد تحتاج إلى تصحيح ، فتزيد الأرقام وتكثر ، وفى كثرتها تكون مظنة الخطأ .

(٨٥) بينت الرد المادة ٣. وهذا نصها : « إذا لم تستغرق الفروض التركة ، ولم توجد عصابة من النسب رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض ، بنسبة فروضهم ، ويرد باقى التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصابة من النسب أو أحد من أصحاب الفروض النسبية ، أو أحد من ذوى الأرحام » .

الطريقة الثانية - وهي التي يتبعها المفرضيون ، ولا تزيد فيها الأرقام وهي التي نوصي باتباعها ، وفي هذه الطريقة لا يجعل أصل المسألة هو أصغر عدد يقبل القسمة على مخارج الفروض ، بل يجعل أصل المسألة هو مخرج نصيب أحد الزوجين ، أي مقام الكسر الذي يدل على نصيب أحد الزوجين غفى المسألة السابقة ، وهي أن يكون الورثة زوجة ، وأما ، وأخوين لأم ، يكون للزوجة الربع ، وللأم السدس وللأخوين لأم الباقي ، كما ذكرنا . ويجعل أصل المسألة هو - ٤ - وهو مخرج نصيب الزوجة ، وتعطى الزوجة الربع - ١ - والباقي وهو - ٣ - تقسم بين الأم والأخوين بنسبة سدس إلى ثلث ، أي بنسبة - ١ - إلى - ٢ - فيكون للأم - ١ - من الثلاثة الباقية ، وللأخوين - ٢ - وتقسم التركة على ٤ ، ولتكن ١٢٠ ف تختص الزوجة بثلاثين ، والأم بمثلها والأخوان بستين فدانا .

وفي هذه المسألة كان الباقي من السهام بعد نصيب أحد الزوجين يقبل القسمة على نسبة الفروض التي يرد عليها ، وأحيانا لا يقبل ذلك الباقي القسمة على هذه النسبة ، فيصح أصل المسألة ، ليكون قابلا للقسمة عليها - ولنضرب نذلك بعض الأمثلة :

(أ) إذا توفيت امرأة عن زوج ، وبنت ، وبنت ابن ، وتركت تركة قدرها ثمانون فدانا - فإنه يستحق الزوج الربع ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس فيكون في المسألة رد على غير الزوج ، فيجعل أصل المسألة هو مخرج نصيب الزوج - ٤ - يأخذ الزوج منها - ١ - وتقسم الثلاثة الباقية بنسبة سدس إلى نصف أي بنسبة - ١ - إلى - ٣ - أي تقسم الثلاثة على أربعة ، وهي لا تقبل القسمة عليها فيصح أصل المسألة بضربها في - ٤ - فصير الأصل الصحيح - ١٦ - يأخذ منه الزوج - ٤ - والباقي يكون - ١٢ - تقسم على أربعة فتأخذ البنت - ٩ - وبنت الابن - ٣ - وتقسم التركة - وهي ثمانون فدانا على - ١٦ - يختص الزوج منها بعشرين ، والبنت بخمسة وأربعين ، وبنت الابن بخمسة عشر فدانا .

(ب) وإذا توفى شخص عن زوجة ، وجدة صحيحة ، وأخت شقيقة ، فإن الزوجة تستحق الربع ، والجدة تستحق السدس ، والأخت النصف ، فيكون في المسألة رد على الجدة والأخت ، ويحمل أصل المسألة مقام الكسر الذي يبين نصيب الزوجة - فيكون أصل المسألة - ٤ - تأخذ منها الزوجة - ١ - ويقسم

الباقى وهو - ٣ - على الجدة والأخت بنسبة سدس إلى نصف . أى بنسبة - ١ - ٣ - أى على أربعة : وهو لا يقبل القسمة على أربعة . فيصح الأصل بالضرب فى أربعة ، فيكون الأصل المصحح - ١٦ - فإذا كانت التركة ١٦٠ ف فإنها تقسم عليه ويكون للزوجة ٤٠ ف لأن لها أربعة أسهم ، والجدة - ٣٠ - لأن لها ثلاثة ، والأخت - ٩٠ - ف لأن لها تسعة أسهم .

(ج) وإذا توفى شخص عن :

زوجة ، وبنت وبنت ابن : وأم ، وترك تركته قدرها ٨٠ ف ، فإن الزوجة تستحق الثمن والبنت النصف . وبنت الابن السدس . والأم السدس . ويكون فى المسألة رد على ما عدا الزوجة ، فيكون أصل المسألة - ٨ - تأخذ منها الزوجة - ١ - ويقسم الباقي وهو - ٧ - على البنت ، وبنت الابن ، والأم . بنسبة نصف ، وسدس وسدس ، أى بنسبة - ١ - إلى - ١ - إلى - ٣ - أى يقسم على خمسة ، ولكن العد - ٧ - لا يقبل القسمة على - ٥ - ، فنضرب أصل المسألة وهو - ٨ - فى - ٥ - فيكون الأصل المصحح - ٤٠ - تستحق الزوجة منها - ٥ - والباقي يقسم على - ٥ - يكون الناتج - ٧ - وتأخذ البنت - ٢١ - وبنت الابن - ٧ - وتستحق الزوجة على هذا من الأطيان ١٠ ف . والبنت ٤٣ ف : وبنت الابن ١٤ ف . والأم ١٤ ف .

١٥٥ - هذا الرد ، كما جاء به القانون ، وهذه طريقة حله التى يقررها الفرضيون ، قد بيناها وشرحناها . والآن نبين فقه الموضوع ، وما اختاره القانون ، وما تركه . فنقول :

اختلف الصحابة بشأن الرد على ذوى الفروض ، على نحو خمسة أقوال :

١ - فقال عبد الله بن مسعود أنه يرد على كل أصحاب الفروض ما عدا الزوجين ، والأخت لأب ، إن كان نصيبها السدس . وبنت الابن إن وجدت بنت صلبية ، وأولاد الأم ، والجدا . وذلك لأن الرد لا يثبت إلا للأقوى من أصحاب الفروض الذين لم يحدد لهم نصيب بعينه فى القرآن لا يقبل التخلف ، وذلك كالبنات ، والأم ، والأخت الشقيقة ، أو لأب ، إن لم تكن شقيقة وبنت الابن ، إن لم تكن بنت صلبية : فإن هؤلاء لهم قوة فى الفرضية بالنسبة لغيرهم ، وانصببتهم قابضة للتغير ، والانتقال إلى غير الفرضية ، أى إلى التعصيب أو ما يشبهه . فإن الأم تنتقل إلى ما يشبه التعصيب ، وعندما يكون الميراث بينها وبين الأب ، وأحد الزوجين ، ولم يكن من يحجبها ، وعلى ذلك لا يتأتى الرد بالنسبة

للزوجين لأن أنصبتهما لا تقبل التغيير ، ولا يتأتى الرد على الجدة ، لأن استحقاقها ضعيف إذ لم يأت به قرآن كريم • والمأثور السدس فقط فلا يزداد عليه ، وبنت الابن مع البنت فرضها ضعيف لتكميل الثلثين ، فلا يتجاوز ذلك ، وكذلك الأخت الأب مع الأخت الشقيقة •

٢ - وقال عثمان بن عفان رضى الله عنه : إن أصحاب الفروض جميعا يرد عليهم ، لأن العول ينقص أنصبتهم ، وقد جرى العول عليهم جميعا بما فيهم الزوجان والغرم بالغنم ، فحيث يثبت العول يثبت الرد ، ولا فرق بين صاحب فرض وفرض ، ما دمتما لم نفرق بينهما في العول •

٣ - وقال عبد الله بن عباس في إحدى الروايتين عنه ، يرد على كل من أصحاب الفروض ما عدا الزوجين ، والجدة ، وذلك لأن هذه الفروض ثابتة بالنص ، ولا وجه للزيادة عليها فلا رد ، لأن الرد زيادة من غير دليل ، فلا يرد عليهم •

٤ - وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه ، لا يرد على أحد من أصحاب الفروض ، لأن الرد زيادة على النصوص فقد قدر الله للبنت النصف فأعطاؤها أكثر من النصف زيادة على ما قدر الله سبحانه وتعالى ، وفوق ذلك يكون هذا مصادمة للنص ، لأن الله أعطى البنت مع الابن الثلث ، وجعل الابن يأخذ الكل ، إن لم يكن سواه ، فإن جعلنا البنت تأخذ الكل إن لم يكن سواها ، فقد جعلناها كالابن ، والشارع لم يجعلها كذلك ، فكان هذا مصادمة لنص الشارع المحكم الذى لا يقبل تبديلا •

٥ - وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه ، إن أصحاب الفروض جميعا يستحقون الرد ما عدا الزوجين ، وذلك لقيام الدليل على استحقاقهم بسبب آخر ، دون الزوجين ، فإنه لا دليل على استحقاقهما إلا النص الذى فرض النصف والربع ، والثلث في أحوالها ، فلا يتجاوز هذا النص ، ولا يزداد عليه من غير دليل ، أما غيرهما من ذوى الفروض فإن الدليل قد قام على استحقاقهم الباقى بالرد ، وهذا الدليل هو :

(أ) قوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » فإن هذا النص يثبت لذوى الفروض من الأقارب حقا آخر غير الفروض ، ولذلك إذا لم يكن أحد من أصحاب الفرض ، أخذوا الباقى بتلك الأولوية التى نص

عليها كتاب الله سبحانه وتعالى ، وبذلك يكون لهم باقى التركة بمقتضى تلك الأولوية ، ويوزع الباقي عليهم بمقدار نسبة سهامهم بعضها مع بعض •

(ب) ولقد روى أن امرأة أتت إلى النبی صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، إنى تصدقت على أُمى بجارية فماتت ، وبقيت الجارية ، فقال عليه السلام : وجب أجرك ورجعت إليك الجارية فى الميراث ، وما كانت لتستحق الجارية كلها لو لم يكن رد •

(ج) أن بيت المال إنما يأخذ الضوائع ، ولا يعد ضائعا مال من يموت ، وله أقارب تعد حياتهم امتدادا لحياته ، وقد أثبت القرآن بالنص الكريم خلافتهم ، وبمقتضى هذه الخلافة المقررة الثابتة بالنص التى تؤكد أن حياة هؤلاء امتداد لحياة المورث يكونون أولى من بيت المال •

وقد يقول قائل أن الباقي يذهب إلى ذوى الأرحام ، ولكن هذا القول ليس بوجيه ، لأن ذوى الفروض قرابتهم قوية ، وقرابة ذوى الأرحام دون قرابتهم فهم أولى بأن يرد عليهم من الأرحام ، إذ المقرر أن ذا القرابة القوية لا يأخذ معه ذو القرابة الضعيفة •

١٥٦ - هذه مذاهب الصحابة فى الرد ، وقد اختار الحنفية رأى على رضى الله عنه ، ومعهم الحنابلة ، وأيدوا اختيارهم بالأدلة التى سقناها • واختار مالك والشافعى رأى زيد بن ثابت الذى منع الرد بإطلاق من غير تفرقة بين وارث ووارث ، وقد أيد الشافعى اختياره بجملة أدلة منها :

(أ) أن الرد مصادمة لنص القرآن الكريم ، لأنه جعل للملأخ الكل ، وللأبن الكل وجعل للأخت إذا انفردت النصف ، وكذلك البنت ، فإذا أعطيتها الكل فقد عارضت النص •

(ب) أن الرد لا دليل عليه ، لا من نص ، ولا من قياس ، إذ الأدلة الشرعية إما أن تكون نصا ، وإما أن تكون حملا على النص ، وإذا لم يكن دليل ، وقدمته على بيت المال ، فقد قدمت ما لا نص على استحقاقه ، على ما ثبت بالإجماع والنصوص استحقاقه ، ويقول فى بيان أنه لا دليل على الرد : « ما معنى الرد ؟ أنشئ وجاء بالاستحسان وليس من أصول الفقه فى شىء » ثم هل لنا أن

نشرع ما لم يشرع الله !! لقد كان إذن يمكن أن نعطي الجيران ، أو البعيد النسب ، وإلا فلماذا جاز الرد ، ولم يجز هذا » .

(ج) أن قوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » يرى الشافعي أنها مجملة ، بينتها آية الفرائض ، ولم تأت بحكم جديد زائد على الفرائض الثابتة بالنصوص ، ولذلك قال ما نصه : « إن الناس توارثوا بالحل ، ثم توارثوا بالإسلام والهجرة ، فكان المهاجر يرث المهاجر ، ولا يرث من ورثته من لم يكن مهاجرا » وهو أقرب إليه من يرثه ، فنزلت الآية وكانت مجملة - بيانها ما جاء في توزيع الفرائض بين أصحابها » .

ومع أن الشافعي كان لا يرى الرد تبعا لرأى زيد قد وجد من أصحابه من اختار رأى على رضى الله عنه ، وهو المزنى رضى الله عنه ، فرأيه كراى الحنفية في أنه يرد على كل أصحاب الفروض ما عدا الزوجين .

ولقد جاء بعد ذلك من الشافعية ، من رآوا الأخذ برأى المزنى هذا ، إذا لم يكن بيت المال منتظما بعدالة الإمام ، وإعطاء كل ذى حق حقه ، وأما إذا كان بيت المال منتظما ، والعدالة فيه قائمة ، وكل مال منه يصرف في مصارفه ، ولا تتحكم فيه الأهواء ، فإنه في هذه الحال يؤخذ بما قرره الشافعي نفسه ، وأن تلك التفرقة بين بيت المال المنتظم هي الآن القول الراجح المفتى به في المذهب الشافعي .

وهذه التفرقة أيضا هي القول المعتمد المفتى به عند متأخري المالكية ، فهم يردون على أصحاب الفروض ما عدا الزوجين ، إذا لم يكن القائم على بيت المال ينفق ماله في مصارفه ، وقد علمت أن رأى متقدميهم هو رأى زيد رضى الله عنه الذى لا يرد على أحد من أصحاب الفروض .

١٥٧ - وقانون الميراث سار في الجملة على مذهب على ، ولكنه اقتبس مع ذلك من مذهب عثمان بن عفان رضى الله عنه الذى يرد على الزوجين ، وآخر الرد عليهما عن ذوى الأرحام ، ولذا جاء في المذكرة التفسيرية ما نصه :

« رأى من المصلحة تقرير الرد على أحد الزوجين مع تأخيرهم عن ذوى الأرحام ، فإذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض النسبية ، ولا من العصبية النسبية ، ولا من ذوى الأرحام مع أحد الزوجين ، أخذ كل التركة فرضا .

ورداً لأن صلة الزوجين في الحياة تقتضى أن يكون لأحدهما في هذه الحالة الحق في مال الآخر بدلاً من المستحقين الآخرين ، واقتصر في الأخذ بمذهب عثمان بن عفان ، على ما إذا لم يوجد مع الزوجين ذو فرض ، أو ذو رحم ، محافظة على صلة القربى التى تربط الميت بقربته بقسمة ماله بينهم وبين أحد الزوجين ، قال الله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » وكذلك رأى من المصلحة تقديم الرد على ذوى الفروض ، وتوريث ذوى الأرحام ، والرد على أحد الزوجين على غير العصبه من النسب أخذاً برأى كثير من الصحابة ، منهم عبد الله بن مسعود .

٤ - ذوو الأرحام

١٥٨ - ذوو الأرحام ، وأولو الأرحام معناهما واحد في اللغة ، وهم الأقارب الذين تربطهم الأرحام . وتشمل الكلمة بهذا كل الأقارب مهما تكن درجات توريثهم ، هذا في اللغة وأما في الاصطلاح ، فذوو الأرحام هم الأقارب الذين ليسوا أصحاب فروض ، ولا عصبه ويكونون الأقارب الإناث أو الذكور الذين تتوسط بينهم وبين الميت أنثى غالباً .

ومرتبتهم في التوريث بعد الرد على أصحاب الفروض النسبيين ، فهم في ميراثهم قد توسطوا نوعى الرد ، فيقدم عليهم الرد على غير الزوجين ، يليهم الرد على الزوجين ، وذوو الأرحام أصناف أربعة ، تختلف درجاتهم في الاستحقاق للتركة ، وهذه أصنافهم ، وهى في ذكرها بترتيبها في الميراث :

الصفة الأولى - فروع الميت الذين تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، كبنت بنته وبنت ابن بنته ، وهكذا ، وإن نزلوا ذكورا كانوا أو إناثاً . وقد عبر عن هذا الصنف القانون بأنهم فروع ابنته ، وإن نزلوا ، وفروع بنت ابنه ، وإن نزلوا .

الصفة الثانية - الأصول من الرجال ، وإن علوا إن توسط بينهم وبين الميت أنثى ، أيا كانت درجاتهم .

والجداً اللاتى يتوسط بينهن وبين الميت جد توصله إلى الميت أنثى ، ويعبر عن هذا الصنف القانون بأنه الجد غير الصحيح ، وإن علا ، والجدة غير الصحيحة وإن علت ، وقد علمت أن الجد غير الصحيح هو الذى تتوسط

بينه وبين الميت أنثى ، والجدة غير الصحيحة هي التي يتوسط بينها وبين الميت
جد غير صحيح •

الصنف الثالث — فروع الأبوين الذين ليسوا بأصحاب فروض ، ولا عصة ،
وهذا الصنف يشمل :

(أ) فروع أولاد الأم ذكورا كانوا أو إناثا ، سواء أكانوا فروع الأخ
لأم ، أم كانوا فروع الأخت لأم ، لأن أولئك مهما يكونوا ، ليسوا أصحاب فروض ،
ولا يعدون عصة •

(ب) فروع الأخوات الشقيقات ، أو الأخوات لأب ، مهما نزلوا هابن
الأخت الشقيقة ، وبنتها من ذوى الأرحام ، وابن الأخت لأب وبنتها من ذوى
الأرحام ، وهكذا كل من يدلى بها ، وذلك لأنه قد توسط بينه وبين الميت أنثى •

(ج) بنات الإخوة الأشقاء ، أو لأب ، ومن يدلى بهن ، وذلك لأن بنت
الأخ الشقيق ، ولأب لا تعد من أصحاب الفروض ، ولا من العصابات ومن
يدلى بها ، كابنها وبنتها ، وقد توسط بينه وبين الميت أنثى ، فيكون من
ذوى الأرحام •

(د) بنات أبناء الإخوة الأشقاء ، أو لأب ، يكونون من ذوى الأرحام
لأنهن لسن من أصحاب الفروض ولا العصابات ، ولأن بنات الإخوة وهن أعلى
درجة يعتبرون من ذوى الأرحام ، كما قلنا الأولى من يكون من النساء دونهن
درجة ، وكذلك أولادهن •

هذا هو الصنف الثالث — ومن يشتمل عليه من فروع وشعب •

الصنف الرابع — وهو فروع الأجداد والجندات الذين لا يعدون
أصحاب فروض ، ولا عصة ، كالعمة والخالة ، وبنت العم ، وبنت الخال ، وهكذا •

ويلاحظ أن كل فروع الأجداد والجندات الذين ليسوا بعصة يعدون
من ذوى الأرحام مهما علا الجد أو الجدة ، غير أنه يعد فروع الجد الأول
والجدة الأولى طبقة ، ومن بعدهم أولادهم ، وفروع الجد الثانى والجدة
الثانية طبقة وأولادهم من بعدهم ، وفروع الجد الثالث والجدة الثالثة
طبقة وأولادهم من بعدهم ، وهكذا الجد الرابع والرابعة ومن يليهما •

وهكذا ، كل درجة من الجداول تعد طبقة يكون بعدها أولادها ، ثم تكون الطبقة التي تليها ، ولقد عد القانون لهذا الصنف ست طوائف ، وإن كانت في معناها لا تحصى في الفروض والتقدير ، فالواقع يحددها بعدد محدود .

والطوائف الست التي ذكرها القانون هي :

(أ) أعمام الميت وعماته ، وأخواله وخالاته ، الأشقاء ، أو لأب ، أي فروع الجد الأول ، والجدة الأولى ، الذين انفصلوا بدرجة واحدة ، ما داموا ليسوا عصبية .

(ب) فروع الذين ذكروا في الطائفة الأولى ، أي فروع الجد الأول أو الجدة الأولى الذين انفصلوا بأكثر من درجة ، كبنت العم ، وبنت الخال ، فروع الجد الأول ، والجدة الأولى ، الذين انفصلوا بدرجة واحدة ، ما داموا ليسوا عصبية .

(ج) وفروع الجد الثاني ، والجدة الثانية ، إذا انفصلوا بدرجة واحدة كالعم عم الأب لأمه ، وعمته أخت أبي الأب ، وخال أمه وأبيه ، وهكذا كل من ليس عصبية من هذه الطبقة .

(د) فروع الطائفة الثالثة ، وهم فروع الجد الثاني ، أو الجدة الثانية ، إذا انفصلوا بأكثر من درجة واحدة ، كبنت عم الأب ، وبنت خالة الأم ، وهكذا بشرط ألا يكونوا عصبية .

(هـ) فروع الجد الثالث ، والجدة الثالثة ، إذا انفصلوا بدرجة واحدة كخال أبي الأب ، وعم أم الأم ، وعمه أبي الأب ، وهكذا .

(و) فروع الطائفة الخامسة ، وهم فروع الجد الثالث والجدة الثالثة إذا انفصلوا بأكثر من درجة واحدة كابنت بنت عم أبي الأب ، وابن خال أم الأم بشرط ألا يكونوا عصبية .

ويلاحظ أن الطبقات التي تلي هذه الطبقات الثلاث من الجداول والجدات يسرى عليها ما يسرى على هؤلاء ، كما يلاحظ أن كل طبقة مقدمة على ما

يليهما عندما يكون التوريث لهما ، وكل أولاد طبقة مقدمون على فروعهم
وهكذا^(٨٦) .

١٥٩ - هؤلاء ذوى الأرحام ، وتلك طبقاتهم ، ودرجاتهم فى الاستحقاق
هى بترتيب ذكرهم الذى بيناه ، وعلى ذلك إذا وجد ذو رحم واحد استحق
باقى التركة وحده من أى صنف كان ، ومن أى درجة فى صنفه ، وإن تعددوا ،
وتعددت أصنافهم ، أو طوائفهم ، استحق أهل الصنف الأول ، وقدموا
على غيرهم ، ما كان منهم واحد ، أيا كانت درجته ، فإن كان هناك ابن بنت ،
وأبو أم ، وبنت أخ شقيق ، وخال استحق ابن البنت وحده ، وحجب من سواه
لأن فروع الميت مقدمون على غيرهم ، إذ هم أقرب جزئية من أصوله .

(٨٦) اشتملت على بيان ذوى الأرحام وأصنافهم وطبقاتهم المادة ٤١ ، وهذا
نصها :

إذا لم يوجد أحد من العصبة بالنسب ، ولا أحد من ذوى الفروض النسبية
كانت التركة أو الباقى لذوى الأرحام ، وذوى الأرحام أربعة أصناف مقدم بعضها على
بعض فى الإرث على الترتيب الآتى :

الصنف الأول : أولاد البنات ، وإن نزلوا ، وأولاد بنات الابن ، وإن نزل .
الصنف الثانى : الجد غير الصحيح ، وإن علا ، والجدة غير الصحيحة
وإن علت .

الصنف الثالث : أبناء الإخوة لأم وأولادهم ، وإن نزلوا ، وأولاد الأخوات لأبوين
أو لأحدهما ، وإن نزلوا ، وبنات الإخوة لأبوين أو لأحدهما ، وأولادهن وإن
نزلوا . وبنات أبناء الإخوة لأبوين ، أو لأب ، وأولادهن وإن نزلوا .
الصنف الرابع : يشمل ست طوائف ، يقدم بعضها على بعض فى الترتيب الآتى :
الأولى : أعمام الميت لأم ، وعماته ، وأخواله وخالاته لأبوين ، أو لأحدهما .
الثانية : أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة ، وإن نزلوا ، وبنات أعمام الميت
لأبوين أو لأب وبنات أبنائهم وإن نزلوا .

الثالثة : أعمام أبى الميت لأم ، وعماته ، وأخواله وخالاته لأبوين ، أو لأحدهما .
الرابعة : أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة ، وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبى
الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائه ، وأولاد من ذكروا ، وإن نزلوا .

الخامسة : أعمام أبى أبى الميت لأم ، وأعمام أبى أم الميت وعماتهما وأخوالهما
وخالاتهما لأبوين ، أو لأحدهما ، وأعمام أم أم الميت ، وأم أبيه ، وعماتهما وأخوالهما
وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما .

السادسة : أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة ، وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبى
أبى الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا ،
وهكذا .

فإن لم يكن أحد من الصنف الأول قدام أهل الصنف الثاني على من بعدهم فأبو الأم أولى من ابن الأخ لأم ، وبنت الأخ الشقيق : وأخال ، والعمة ، مهما تكن درجة الجدة غير الصحيح ، وكذلك الجدة غير الصحيحة •

وإن لم يكن أحد من الصنف الثاني ، وكان أحد من الصنف الثالث ، يقدم على الرابع ، مهما تكن درجته ، فبنت الأخت أولى من العمة . وإن كانت شقيقة أبيه ، وابن ابن الأخ لأم ، أولى من الأخال ، وأخالة ، والعمة ، مهما تكن قوة القرابة •

وطوائف الصنف الرابع عندما يتولى الاستحقاق إليه مرتبون بدرجاتهم الست ، فأولاد الجد الأول ، والجدة الأولى أولى ، ثم فروعهم من بعدهم ، ثم أولاد الجدة الثانية ، والجد الثاني ، ثم فروعهم من بعدهم ، ثم أولاد الجد الثالث ، والجدة الثالثة ، ثم فروعهم من بعدهم ، وهكذا الجد الرابع ثم من يليه •

هذا كله إذا تعددت الأصناف ، أو تعددت الطوائف في الصنف الرابع . أما إذا اتحد الصنف ، ولم تتعدد الطوائف ، أو لم يكن ذا طوائف ، وتعدد مع ذلك أحاد الصنف - أو الطائفة ، فإن لكل صنف ترتيباً خاصاً به في درجات الاستحقاق ، وإن كانت في الجملة تجمعها ضوابط واحدة ، تتحد في مبدئها وغايتها ، ولنبين ترتيب درجات الاستحقاق في كل واحد من الأصناف •

١٦٠ - فإذا تعدد أحاد الصنف الأول ، وهم الفروع :

(أ) فإن أولادهم بالاستحقاق أقربهم درجة ، فإن كان المتوفى قد ترك ابن بنت ، وابن بنت ابن ، فإن المستحق ابن البنت ، وإن كان المتوفى قد ترك بنت بنت ، وابن بنت وابن ابن بنت فإن الأولين يستحقان الميراث بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين •

(ب) فإن اتحدوا في الدرجة وكان بعضهم يدلى بصاحب فرض ، والآخر لا يدلى ، قدام من يدلى بصاحب فرض ، فإن كان للمتوفى ابن بنت بنت وبنت بنت ابن ، فإن الذي يستحق الميراث هو بنت بنت الابن دون ابن بنت البنت ، لأنها تتصل بالميت بصاحب فرض ، وهو بنت الابن ، والآخر لا يتصل بصاحب فرض ، بل بذى رحم •

(ج) وإن اتحدوا في الدرجة وفي الإدلاء ، بأن كانوا جميعاً يدلون بصاحب فرض أو كانوا جميعاً يدلون بذى رحم ، فإن الميراث يكون بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، كأن يكون المتوفى قد ترك بنت ابن ، وابن بنت ابن ، فإنهما يستحقان مع الباقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين • وكأن يكون المتوفى قد ترك بنت بنت بنت ، وابن بنت بنت ، فإن الميراث بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين (٨٧) •

١٦١ - وإذا تعدد آحاد الصنف الثاني من ذوى الأرحام ، ولم يكن أحد من الصنف الأول :

(أ) يكون أولادهم بالميراث أقربهم درجة إلى الميت ، فإن كان للمتوفى أبو أم ، وأم أبي أم ، فإن الأول يأخذ دون الأخرى ، لأنه أقرب درجة ، وإن كان للمتوفى أبو أبي أم ، وأبو أم أم ، فإن الميراث يكون للثاني ، لأنه أقرب درجة •

(ب) وإن استتوا في الدرجة ، وبعضهم يدل بصاحب فرض ، والآخر يدل بذى رحم فإن الميراث لمن يدل بصاحب فرض ، فإن كان هناك أبو أبي أم ، وأبو أم أم ، فإن الميراث يكون لأبي أم الأم ، لأنه يتصل بالميت بأم الأم ، وهي صاحبة فرض ، والآخر يتصل بالميت بأبي الأم ، وهو ليس بصاحب فرض ، بل هو ذو رحم •

(ج) وإن كان كلاهما يدل بصاحب فرض ، أو كلاهما لا يدل إلا بذى رحم ، فإن اتحدت القرابة ، بأن كان كلاهما من جهة الأب أو كلاهما من جهة الأم فإن الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كان للمتوفى أم أم أبي أم وأم أبي أبي أم ، فإن الميراث يكون بينهما على سواء ، وإن كان للمتوفى أم أبي أم وأبو أبي أم ، فإن الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين •

(٨٧) ترتيب درجات هذا الصنف بينته المادة ٣٢ وهذا نصها :

الصنف الأول من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة ، فإن استتوا في الدرجة ، فولد صاحب الفرض ، أولى من ولد ذى الرحم ، وإن استتوا في الدرجة ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض ، أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض اشتركوا في الإرث •

(د) وإن اتحدوا في الدرجة ، وفي الإدلاء بصاحب فرض أو ذي رحم واختلفت القرابة بأن كان أحدهما من قبل الأم ، والآخر من قبل الأب ، فإنه يكون لقرابة الأم الثلث ، ولقرابة الأب الثلثان ، فإذا كان للمتوفى أبو أم أم وأبو أم أب ، فإنه يكون للأول ثلث التركة وللثاني ثلثاها (٨٨) •

١٦٢ — هذه أحكام الصنف الثاني عند تعدده ، وعدم وجود أحد من الصنف الأول ، أما أحكام الصنف الثالث ، عند تعدد آحاده ، وعدم وجود أحد من الصنفين الأول والثاني ، فإنه يكون ترتيب الاستحقاق بينهم على ذلك النحو •

(أ) إن اختلفت درجاتهم ، كان أولاهم بالميراث أقربهم درجة ، فإن كان هناك بنت أخ لأم ، وبنت ابن أخ شقيق ، فإن بنت الأخ لأم تكون أولى بالميراث ، لأنها أقرب درجة ، ولو كانت الأخرى يعد أصلها أقوى قرابة من أصل هذه •

(ب) وإن استتوا في الدرجة ، وكان فيها ولد عاصب فهو أولى من ولد ذي الرحم ، فإن كان للمتوفى بنت ابن أخ شقيق ، وابن بنت أخ شقيق ، فإن الأولى بالميراث هي بنت ابن الأخ للشقيق ، لأنها تدلى بعاصب ، وهو ابن الأخ الشقيق ، والآخر يدلى بذات رحم ، وهي بنت الأخت الشقيقة ، فتكون هي أولى منه •

(ج) وإن استتوا في الإدلاء بعاصب ، أو عدم الإدلاء بعاصب ، فإنه يقدم في الميراث من يكون جده أقوى قرابة ، فإذا كان هناك بنت أخ شقيق وبنت أخ لأب ، فإن الميراث يكون لبنت الأخ الشقيق ، وإن كان هناك بنت أخ لأب ، وابن أخ لأم ، فإنه تقدم بنت الأخ لأب ، لأنها أقوى قرابة •

هذا ما تفيد به عبارة القاتون ، وهي تفيد أنه إن كان أحد أولاد الإخوة

(٨٨) بينت أحكام الصنف الثاني من نوى الأرحام المادة ٢٣ وهذا نصها :
الصنف الثاني من نوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة ، فإن استتوا قدم من كان يدلى بصاحب فرض ، وإن استتوا في الدرجة ، وليس فيهم من يدلى بصاحب فرض ، أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض ، فإن اتحدوا في حيز القرابة اشتركوا في الإرث ، وإن اختلفوا في الحيز ، فالثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم •

يدلى بعاصب ، والآخر يدلى بصاحب فرض أنه يعتبر ابن العاصب أولى ، فإذا كان للمتوفى بنت أخ لأب ، وابن أخت شقيقة ، فإنه يعتبر ابن الأخ لأب أولى بالميراث ، لأنه يدلى بعاصب ، والآخر لا يدلى به .

ولكن هذا يخالف المذهب الحنفى ، ويخالف مذهب أبى يوسف الذى اعتبر أساسا للتقسيم ، وتوريث ذوى الأرحام لم يخرج عن نطاق ذلك المذهب فلا يمكن أن يأتى بحكم مناقض لما فيه ، والمنصوص عليه أنه إذا كان أحد أولاد الإخوة يدلى بعاصب ، والآخر يدلى بصاحب فرض ، فإنه لا ترجيح لولد العاصب عليه ، بل ينظر إلى قوة القرابة ، ففى بنت أخ لأب ، وبنت أخت شقيقة ، الميراث يكون لبنت الأخت الشقيقة لأنها أقوى قرابة .

وعلى ذلك تكون عبارة القانون قاصرة ، ولا نقول أنها مخطئة ، لأن المقابلة كانت فى النص بين ولد العاصب وولدى ذى الرحم ، فإن تكن ثمة مقابلة بين ولد العاصب ، وولد ذى الفرض . فبقى الأمر فيه على حكم رأى أبى يوسف من المذهب الحنفى وهو ما ذكرناه (٨٩) .

١٦٣ - هذا ترتيب الاستحقاق فى الصنف الثالث ، أما ترتيب الاستحقاق فى الصنف الرابع ، ولا يستحق إلا إذا لم يكن أحد من الأصناف السابقة قط ، فإن كان واحد منهم استحق ، وإلا فهو المستحق .

ويلاحظ فى ترتيب الاستحقاق فيه أنه طوائف ، وكل طائفة فيه كأنها صنف خاص ، ولذلك يكون الترتيب فيه هكذا .

(١) عند تعدد الطوائف فى هذا الصنف ، يقدم أهل الطائفة الأولى على الثانية ، والثانية على الثالثة ، وهذه على الرابعة ، وتلك على الخامسة ، والأخيرة على السادسة ، فلو كانت عمه لا تأخذ بنت العم ، ولا ابن الخاله ، ولو كانت خالة لا تأخذ بنت العم الشقيق ، أو لأب ، ولو كانت بنت الخالة أخت

(٨٩) بينت ترتيب الاستحقاق فى هذا القسم المادة ٣٤ وهذا نصها :

« الصنف الثالث من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة ، فإن استووا فى الدرجة ، وكان فيهم ولد عاصب فهو أولى من ولدى ذى الرحم ، وإلا قدم اقوامهم قرابة للميت . فمن كان أصله لأبوين ، فهو أولى ممن كان أصله لأب ، ومن كان أصله لأب ، فهو أولى ممن كان أصله لأم ، فإن اتحدوا فى الدرجة وقوة القرابة اشتركوا فى الإرث .

الأم ، لا تستحق عمه الأب ، وهكذا كل طائفة مقدمة على تاليتها ، وقد بينا ترتيبها فيما بينا •

(ب) وإذا اتحدت الطائفة يقدم الأقرب درجة ، سواء أكان من قرابة الأم ، أم كان من قرابة الأب ، فابن الخالة مقدم على ابن بنت العم الشقيق أو لأب ، لأنه أقرب درجة ، وإن اختلفت جهة القرابة ، وهكذا في كل الأحوال التي تختلف فيها الدرجة ، ما دامت في طائفة واحدة •

(ج) وإن استوت الدرجة مع اتحاد الطائفة ، فإن اتفق الحيز مع ذلك بأن كانوا جميعاً من قرابة الأب ، أو كانوا جميعاً من قرابة الأم ، فإنه يقدم ولد العاصب على ولد ذي الرحم ، فلو كان للمتوفى بنت عم شقيق ، وابن عم شقيقة فإن الميراث يكون لبنت العم ، ولو كان للمتوفى بنت ابن عم لأب ، وابن بنت عم شقيق ، فالميراث للأولى لأنها تدلى بعاصب •

وإن اتحد الحيز ، واستوت الدرجة ، وليس فيهم من يدلى بعاصب أو كانوا جميعاً يدلون ، فإنه يقدم الأقوى قرابة ، فإن كان للمتوفى ابن خالة لأب ، وبنت خالة شقيقة ، وابن خالة لأم ، كان الميراث لبنت الخالة الشقيقة ، لأنها أقوى قرابة . إذ عند التقديم لقوة القرابة يكون من كان لأبوين أولى ممن يكون لأب واحد ، ومن يكون للأب أولى من أولاد الأم •

(د) وهذا كله عند اتحاد الحيز ، فإن اختلف الحيز ، بأن يكون بعضهم من قرابة الأم ، والآخر من قرابة الأم كأخوال وأعمام لأم أو أولادهم ، فإنه عند استواء الدرجة يكون لقرابة الأم الثلث ، ولقرابة الأب الثلثان ، ويوزع ثلث قرابة الأم على قراباتهم بالترتيب السابق عند اتحاد الحيز ، فيقدم المدلى بعاصب ، ثم الأقوى قرابة على غيره ، وإن استوتوا يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويوزع ما خص قرابة الأب على الترتيب السابق أيضاً عند اتحاد الحيز ، فيكون الأولى ولد العاصب فيقدم على ولد ذي الرحم فإن استوتوا في ذلك قدم الأقوى قرابة على غيره ، فإن استوتوا كان للذكر مثل حظ الأنثيين والأمثلة يسهل إدراكها بعد ذلك ، فإن كانت عمه وخالة فالعمة الثلثان ، وللخالة الثلث ، وإن كانت بنت عم شقيقة ، وابن خال لأب ، وبنت خالة شقيقة ، فإن الميراث يكون أثلاثاً ، ثلث لقرابة الأم ، والثلثان لقرابة الأب ، وما خص قرابة الأم

يكون لبنت الخالة لأنها أقوى قرابة من بنت الخال وما يخص قرابة الأب يعطى لبنت العم لأنها تدلى بعاصب والأخرى تدلى بذى رحم * وهكذا (١٠) *

١٦٤ - وقد يكون الشخص ذا قرابتين ، فيكون ابن بنت عمه ، وابن ابن عمه ، فهل يأخذ بالقرابتين ؟ لقد ذكر القانون لذلك تفصيلا ، إذا تعددت القرابة مع اتحاد حيزها ، بأن كانوا من صنف واحد ، وطائفة واحدة ، وحيز واحد ، ففي هذه الحال يأخذ نصيبا واحدا ، وإن كان الحيز مختلفا ، بأن كان ابن عمه هو ابن خال شقيق ، وكان هناك بنت خال شقيقة ، فإن الحيز في هذه الحال يختلف ، ويأخذ بوصف كونه ابن عمه ثلثي المال ، وبوصف كونه ابن خال ثلثي الباقي ، وتأخذ بنت الخال ثلث الثلث ، وذلك لأن اختلاف الحيز ، جعل جهة التوريث مختلفة ، وقد علمنا في الماضي أن الوارث يرث بقرابتين ، إذا اختلفت جهة التوريث ، إذ اختلاف جهة التوريث يجعل سبب التوريث يتعدد بتعدد الوصف فيرث بالجهتين ، وهما هنا الحيزان ، وأما إذا اتحد ، فجبهة القرابة واحدة ، وسبب التوريث واحد ، فلا يتعدد الاستحقاق فيها ، فإن كانت بنت ابن عمه ، هي بنت بنت عم ، ومعهما بنت بنت عمه ، فإنها تقاسمها الميراث مناصفة ولا يتعدد استحقاقها بتعدد نصيبها (١١) *

(٩٠) بينت ترتيب درجات الاستحقاق في الصنف الرابع المادتان ٣٥ و ٣٦ وهذا نصها :

مادة ٣٥ - في الطائفة الأولى من طوائف الصنف الرابع المبينة بالمادة ٣١ إذا انفرد فريق الأب ، وهم أعمال الميت لأم وعماته ، أو فريق الأم وهم أخواله وخالاته قدم اقوامهم قرابة ، فمن كان لأبوين فهو أولى ممن كان لأب ، ومن كان لأب فهو أولى ممن كان لأم ، وإن تساوا في القرابة اشتركوا في الإرث . وعند اجتماع الفريقين يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ، ويقسم نصيب كل فريق على النحو المتقدم ، وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الثالثة والخامسة .

مادة ٣٦ - في الطائفة الثانية يقدم الأقرب منهم درجة على الأبعد ، ولو من غير حيز ، وعند الاستواء واتحاد الحيز يقدم الأقوى في القرابة ، وإن كانوا جميعا لولاد عاصب أو أولاد ذى رحم ، فإن كانوا مختلفين قدم ولد العاصب على ولدى ذى الرحم ، وعند اختلاف الحيز يكون الثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم ، وما أصاب كل فريق يقسم عليه بالطريقة المتقدمة ، وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الرابعة والسادسة .

(٩١) اشتملت على ذلك المادة ٣٧ ونصها : « الاعتبار لتعدد القرابة في وارث من نوى الأرحام إلا عند اختلاف الحيز »

١٦٥ — هذه أحكام ميراث ذوى الأرحام ، ويصح أن تضبط الترجيح بينها في القواعد الآتية :

القاعدة الأولى : أن ميراث ذوى الأرحام بالنسبة لتقسيمه بين الذكر والأنثى يشبه تقسيم ما يستحقه العصباء في النسبة بين الذكر والأنثى ، فحيث تساوت درجة الاستحقاق ، وكان المستحقون ذكورا أو إناثا قسم بينهم الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين ، وقد ذكر في صدر كلامنا (١٢) •

القاعدة الثانية : أنه إذا تعدد المستحقون وتعددت أصنافهم ، فإنه يقدم الصنف الأول ، فلا يرث أحد من غيره مع وجود واحد منه ، يليه الثاني فالثالث ، فالرابع ، والرابع طوائف ، وكل طائفة مقدمة على الأخرى ، ولا تأخذ طائفة إن كان أحد ممن قبلها •

القاعدة الثالثة : أنه إذا تعددت آحاد الصنف الذى هو أولى من غيره ، فإن الأولى بالميراث الأقرب درجة ، وهذه القاعدة تنطبق على الأصناف جميعا ، فحيث تعددت آحاد أى صنف مستحق ، وكان فيهم من هو أقرب درجة من الآخر استحق الأقرب ، بيد أن الصنف الرابع تعتبر الطائفة كصنف مستقل فلا تعتبر مرجحا إلا بالنسبة للطائفة المقدمة •

القاعدة الرابعة : أن المدلى بوارث أولى من غيره ، سواء كان ذلك الوارث عصبية أم كان صاحب فرض ، وهذه القاعدة تنطبق على الجميع ، بيد أنها في الصنف الرابع لا تعد مرجحة إلا في أهل الحيز الواحد من القرابة ، فلا ترجح الشخص على غيره من حيز آخر ، بل ترجحه على من في حيزه •

ويلاحظ أن الترجيح بالإدلاء بعاصب إنما يكون عند التساوى في الدرجة • وأنه عند التساوى في الدرجة والإدلاء بوارث يقدم الأقوى قرابة ، ويلاحظ أيضا أن ذلك لا يعتبر مرجحا في النصف الرابع إلا في أهل الحيز الواحد ، أى القرابة الواحدة كما ذكرنا •

القاعدة الخامسة : وهى الأخيرة : أنه بالنسبة للتقسيم الثانى والرابع

(٩٢) بينت ذلك المادة ٣٨ وهذا نصها : « فى إرث ذوى الأرحام يكون للذكر مثال حظ الأنثيين » •

تكون قرابة الأب حيزا ، وقرابة الأم حيزا ، ويكون لقرابة الأم الثلث ، ولقرابة الأب الثلثان ؛ وشرط ذلك في الصنف الثاني ، أن يتساوى ذوو الأرحام من الأصول في الدرجة والإدلاء بوارث ، أو عدم الإدلاء ، فإن اختلفوا فيهما فالأقرب درجة أو المدلى بوارث عند التساوى فيهما أولى من غيره أيا ما كان حيزه •

وشرط ذلك في الصنف الرابع أن تتساوى الدرجة ، فإن اختلفت الدرجة فالأقرب درجة أولى من أى حيز كان ، فإن تساوا في الدرجة لقرابة الأم الثلث ولقرابة الأب الثلثان ، ويرجح بين كل حيز بالإدلاء بوارث ، ولا يكون إلا من العصبات ، فإن استوا فخرج كل حيز بقوة القرابة ، فمن كان أصله لأبوين يقدم على من كان أصله من أب واحد ، ومن كان أصله لأب يقدم على من كان أصله للأم فإن اشتركوا في كل الوجوه قسمت بين أهل كل قرابة حصتها ، للذكر مثل حظ الأنثيين •

١٦٦ — هذه أحكام ميراث ذوى الأرحام ، كما جاء بها القانون ، قد بيناها ، وضرينا الأمثال لتوضيحها ، والآن نتكلم عن فقهاء ، فنبين أقوال الفقهاء في ميراثهم ، ومن أى مذهب استقى القانون ، فنقول :

اختلف الفقهاء في ميراث ذوى الأرحام في نواح شتى تتعلق بهم ، فاختلفوا أولا في أصل توريثهم ، واختلفوا ثانيا في طريق توريثهم ، ولنتكلم في كل ناحية من هاتين الناحيتين •

لقد اختلف الصحابة في إعطاء ذوى الأرحام ميراثا ، إن لم يكن عصبه ولا ذوو فروض من الأقارب ، فقال على بن أبى طالب وعمر بن الخطاب ، وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وغيرهم من عليّة الصحابة أنهم يرثون بعد العصبات والرد على ذوى الفروض النسبية ، وقال زيد بن ثابت ومعه بعض الصحابة أنهم لا يأخذون شيئا ويكون المال لبيت المال •

وقد اختار القول الأول أبو حنيفة وأحمد رضى الله عنهما ، واستدلوا من ثلاثة وجوه :

أولها : قوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » وأولو الأرحام كلمة عامة تشمل الأقارب جميعا ، سواء أكانوا عصبات أم كانوا

ذوى سهام مقدرة ، أم لم يكونوا من الفريقين ، غذوو الأرحام الذين ليسوا من الفريقين داخلون في الأولوية التي ذكرها القرآن الكريم ، ومن تلك الأولوية أن يأخذ بعضهم مال بعض ، إن لم يكن له سواهم ، فهم أولى من غيرهم بنص كتاب الله فيكونون بلا ريب أولى من بيت المال •

ولقد قال الله تعالى أيضا : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » ، ولا شك أنهم من الأقارب ، فيستحقون بذلك الوصف •

ثانيها : أن عمر رضى الله عنه أعطى الخال عند عدم وجود غيره ، وأسند ذلك إلى حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إذ قال : إن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الله تعالى ورسوله مولى من لا مولى له ، والخال وارث من لا وارث له ، فكان هذا سنة صحيحة صريحة في صحة توريث ذوى الأرحام ، فليس لأحد بعدها أن يقول أن ميراثهم لا سند له من النصوص •

ثالثها : أن ذوى الأرحام إن لم يأخذوا أعطى بيت المال • أى أعطى المال لجماعة من المسلمين ، ونحن إن نظرنا نظرا مجردا لنعرف أيهما أحق ؟ القرابة القرية كالعمة والخال والخالة ، أم جماعة المسلمين عامة ، نجد أن الفريقين يشتركان في وصف عام وهو الإسلام ، وذوو الأرحام ينفردون بوصف خاص وهو القرابة ، فكانت القرابة مرجحة ، على فرض أنها تكون مثبتة لأصل الانفراد •

٦٦٧ - ولقد اختار رأى سيدنا زيد الإمام مالك والإمام الشافعى رضى الله عنهما ، ووجه اختيارهما أن الله سبحانه وتعالى في محكم آياته تولى القسمة العادلة بين الوارثين ، ولم يعط ذوى الأرحام شيئا ، ولم تصح في ميراثهم سنة • فيكون إعطاؤهم من غير نص ولا حمل على نص ، ولا يثبت حق لأحد من غير نص أو حمل عليه • بل لقد صح عندهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن ميراث العمة والخالة ، فقال : أخبرنى جبريل أن لا شيء لهما ، وقوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » وقوله تعالى : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » - آيتان مجملتان بينتهما آيات المواثيق فلا تدلان بعمومهما على معنى جديد ، لأن العام إذا التقى مع الخاص حمل عليه ، لأنه يكون كالمجمل بالنسبة لما يبينه •

وإن مقتضى المذهب الشافعى والمذهب المالكى أنه لا رد ولا يرث ذوى الأرحام ، وأن بيت المال أولى من الرد على ذوى الفروض ، وأولى من إعطاء ذوى الأرحام : لأن جماعة المسلمين وارث من لا وارث له ، ولم يقدّم عليك من النصوص على الرد ، وتوريث ذوى الأرحام ، ولا قياس فى هذا المقام يوجب الحمل على النص ، وعلى ذلك يكون المال لجماعة المسلمين فيكون المال لبيت مال المسلمين •

وإن ذلك يقتضى أن يكون القائم على بيت المال عدلاً ، يعطى كل ذى حق حقه ، ويصرف مال بيت المال فى مصارفه ، أما إذا لم يكن بيت المال منظماً ، ولم يكن القائم عليه عادلاً يصرف مال المسلمين فى مصارفه الشرعية فإن الأساس الذى بنيت عليه الأولوية قد تغير ، ويجب النظر فى الأمر من جديد •

ولذلك لما فسد نظام بيت المال فى القرن الثالث الهجرى ، واستمر الفساد كان من علماء الشافعية والمالكية من أفتوا بأن ذوى الأرحام يأخذون بدل بيت المال ، وقد صار ذلك رأى هو المقتضى به من بعد ، ولقد صرح الشافعى بأن أخذ ذوى الأرحام فى هذه الحال هو من باب رعاية المصلحة ، لا من باب التوريث ، إذ التوريث لابد أن يثبت بنص ، أو حمل على نص •

١٦٨ — هذا هو الاختلاف فى أصل توريث ذوى الأرحام ، والذين رأوا توريثهم اختلفوا فى ذلك على ثلاث طرائق ، كل طريقة تنبعث من فكرة معينة •

الأولى — طريقة أهل الرحم ، وهؤلاء يسوون بين ذوى الأرحام فى العطاء لا يفرقون بين صنف وصنف ، ولا بين درجة ودرجة ، ولا بين قرابة قوية وأخرى ضعيفة ، فلو كان للمتوفى أخت ، وبنت بنت ، فإن الميراث يكون بينهما على السواء ، ولو ترك ابن أخت ، وبنت ابن أخ فالميراث بينهما على السواء ، وإن ترك عمه وبنت أخ فهما سواء ، وهكذا ، وذلك أن السبب الموجب للميراث هو الرحم ، وهى متحققة فى الجميع من غير تفرقة بين صنف وصنف ، وتحققها فى الجميع بقدر مشترك ، فثبت الميراث للجميع على السواء ، ولأن أساس التفاوت بين أصحاب الفروض وبين العصبات هو النص ، ولا نص فى نظام التوريث بين ذوى الأرحام بحيث يقدم فيه صنف على صنف أو درجة على درجة ، أو قرابة على قرابة ، وما دام لا نص ينظم ، فالعلة المشتركة هى التى تسير ، وهى فى الجميع على السواء •

ولقد كان من أنصار هذا الرأي كما حكى السرخسي في مبسوطه حسن ابن ميسر ونوح بن ذراح ، وليس ثمة أحد من معتققي هذا الرأي من بعد ذلك في المذاهب الإسلامية المشهورة •

١٦٩ — الطريقة الثانية — طريقة أهل التنزيل ، وهؤلاء لا ينظرون إلى الموجودين من ذوى الأرحام ، بل ينظرون إلى الذين يدلون بهم من أصحاب الفروض أو العصبات ، فيعطون للموجود من ذوى الأرحام نصيب من يدلى به أصحاب الفروض أو العصبات •

١ — فإذا كان للمتوفى بنت بنت وابن أخت شقيقة ، وبنت أخ لأب ، وبنت عم ، نظروا إلى من يدلون به ، وكان المسألة فيها بنت ، وأخت شقيقة وأخ لأب وعم ، وتقسم التركة على فرض وجودهم ، وما يعطاه كل واحد يكون لفرعه الموجود من ذوى الأرحام ، والتقسيم في هذه يجعل الميراث بين البنت والشقيقة ، فيكون للبنت النصف يعطى ابنتها ، ويكون للأخت الشقيقة النصف الآخر تعطاه ابنتها ، ولا شيء لبنت الأخ لأب ولا لابن العم أو العمة •

٢ — ولو كان للمتوفى بنت بنت ، وبنت بنت ابن وبنت عم شقيق ، فإنه يفرض الميراث بين بنت ، وبنت ابن وعم شقيق ، ويكون للبنت النصف تعطاه بنتها ، ولبنت الابن السدس تعطاه بنتها ، وللعمة الباقي وهو الثلث تعطاه بنته •

٣ — وإذا كان للمتوفى بنت بنت ابن ، وبنت أخ شقيق ، فإن التوريث يكون بين بنت ابن ، وأخ شقيق ، فيكون لبنت الابن النصف تعطاه بنتها ، والباقي للأخ فتعطاه بنته ، ويلاحظ أنه ينظر عند التوزيع إلى الإدلاء لا إلى الأصل وحده ، وإذا نظر إلى ذلك فإنه إن تفاوتت درجات الإدلاء بالوارث فالتأقرب في الإدلاء به يكون هو الأولى بالميراث ، فإذا كان للمتوفى بنت بنت بنت ، وبنت بنت ابن ، فإن الميراث كله يكون لبنت بنت الابن ، لأنها أقرب إدلاء بالوارث ، إذ تكون الموازنة بين بنت وبنت ابن ، وهذه تختص بالميراث دون غيرها (١٣) •

(٩٣) مذهب أهل التنزيل أنهم ينزلون الواحد من ذوى الأرحام منزلة من يدلى به إلى الميت من ذوى الفروض أو العصبات ، ويعطونه نصيبه ، فينظر إلى أقرب أصل من ذوى الفروض أو العصبية إلا في الأحوال والخالات والعمات ، فإنه ينظر إلى الأب والأم لمقام النص ، ويلاحظ في الإدلاء أن من قرب من يدلى به من العصبية أو صاحب

هذه طريقة أهل التنزيل في توريث ذوى الأرحام وهي مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه ، ولما أخذ المتأخرون من المالكية والشافعية مبدءاً توريث ذوى الأرحام ، عند عدم انتظام بيت المال أخذوا هذه الطريقة ، وساروا عليها ، ولم يأخذوا بالطريقتين الآخرين •

والأساس الذى بنى عليه أهل هذه الطريقة نظرهم أن النبی صلى الله عليه وسلم ورث خالة وعمه ، ولم يكن ثمة ورثة غيرهما ، فأعطى العمة الثلثين . وأعطى الخالة الثلث • وإن ابن مسعود ورث ابنة بنت ، وبنت أخت فجعل المال بينهما نصفين ، فحديث النبی صلى الله عليه وسلم يدل على أن النظر في توريث ذوى الأرحام لا يكون إلى أشخاصهم إنما يكون إلى من يدلون به من صاحب فرض أو عصة ، والعمة تدلى بالأب ، والخالة تدلى بالأم فيكون الميراث بين الأب والأم ، وفتوى ابن مسعود تؤكد ذلك التفسير •

وفوق ذلك لا دليل على التوريث لذوى الأرحام إلا عموم النصوص ، وهي لم تبين مقادير ، ولا طرق ترجيح ، فكان حقاً علينا أن ننظر إلى من يدلون بهم من أصحاب فروض أو عصابات لأنهم الطريق لقرابتهم ، فنقسم بينهم الميراث • فإن كان أحدهم أولى ، أو أكثر استحقاقاً كان ذلك هو الميراث للمقادير المرجح بينهم ، ولا طريق للترجيح يعتمد على انحصار سوى ذلك ، وكل طريق غير ذلك لا يعتمد على تقدير الشارع ، فإن ذلك هو الطريق الوحيد للحمل على ما قدره الشارع الإسلامى من سهام وأنصبة •

= الفرض أولى ممن بعد ، ويقسم بين كل طائفة نصيب من تدلى به على السواء ، إذا كانوا يدلون بأولاد الأم ، أما إن كانوا يدلون بغيرهم فالحنابلة قالوا أنهم يستحقون على سواء ، ومتأخرو المالكية والشافعية قالوا أنهم كمن يدلون به للذكر مثل حظ الأنثيين •

هذا وإذا كان في المسألة أحد الزوجين يأخذ نصيبه ، ويقسم الباقي بين ذوى الأرحام كأنه تركة قائمة بذاتها ، فإذا كان المتوفى ترك زوجة ، وبنت بنت أخ شقيق ، فالزوجة تأخذ الربع وبنت بنت البنت تأخذ نصيب أمها كما لو كانت التركية هي ثلاثة الأرباع الباقية ، فتأخذ نصفها ، وتأخذ بنت الأخ النصف الباقي لأنه نصيب أبيها ، وهذا هو المشهور عند أهل التنزيل ، وهناك طريقة أخرى في هذه الحالة ، وهي ألا تعطى الزوجة الثمن بفرض وجود الفرع الوارث وهو البنت ويكون أصل المسألة (٨) والبنت تأخذ النصف وقدره أربعة أسهم ، ويأخذ الأخ الثلاثة الباقية ، ثم يكمل نصيب الزوجة ، فتأخذ سهمها مكملًا والباقي يكون ستة أسهم تقسم بنسبة ٤ إلى ٣ أى تقسم على سبعة ، وكان ذلك التقسيم الأول لتبين النسبة بين البنت والأخ ، وما يأخذ كل يكون لابنته •

١٧٠ - الطريقة الثالثة : طريقة أهل القرابة ، وهى أنهم فى ترتيبهم لذوى الأرحام ينظرون إلى قرابتهم فى ذاتها من حيث قوة الأولوية فيها ، فإنه لا شك أن القرابة مختلفة فى قوتها ، وهى فى ذلك مراتب ، وقرروا أن المستحق من ذوى الأرحام هو أول قريب ، كما أن المستحق فى التعصيب هو أقرب رجل ذكر ، فمقاسوا الأولوية فى القرابة بالنسبة لذوى الأرحام على الأولوية فى القرابة بالنسبة للعصبات ، وعلى ذلك قسموا ذوى الأرحام إلى أصناف ، كما قسمت العصبات إلى جهات ، واعتبروا الأولى من ذوى الأرحام الفروع ، كما كان الأولى من العصبات الفروع أيضا ، وهكذا ، واعتبروا الترجيح بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة ، ثم يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، كما هو ثابت بين العصبات وبالجمله قاسوا الأولوية فى ذوى الأرحام على الأولوية فى العصبات ، وساروا فى توريث ذوى الأرحام بالطريقة الثابتة فى العصبات ، وإن تلك الطريقة هى مذهب على رضى الله عنه ، وبه أخذ الحنفية ، ولذلك قسموا ذوى الأرحام ذلك التقسيم الذى ذكرناه عند شرح القانون ، ورتبوا بينهم ذلك الترتيب الذى بيناه على اختلاف جزئى فيما بينهم فى التوزيع لا فى أصل الطريقة .

والفرق الجوهرى بين مذهب أهل التنزيل ومذهب أهل القرابة ، أن مذهب أهل التنزيل لا يرتب بين الأصناف ، فلا يقدم صنفا على آخر ، بينما مذهب أهل القرابة يقدم الأصناف بعضها على بعض ، وأن قرب الدرجة لا اعتبار له عند أهل التنزيل ، بل العبرة بقرب الإدلاء بوارث صاحب فرض أو عصبه ، فمن يدلى عن قريب بذى فرض أو عصبه أولى ممن يدلى عن بعيد ، أما مذهب أهل القرابة ، فإن قرب الدرجة أول طرائق الترجيح بين آحاد الصنف الواحد .

١٧١ - انتهينا من بيان الطرائق الثلاث لتوريث ذوى الأرحام ، وقد ذكرنا أن المذهب الحنفى هو الذى حمل لواء مذهب القرابة ، وأن هناك اختلافا جزئيا بين أئمتهم فى طريق التوزيع والترتيب ، والآن نشير إلى هذه الخلافات ، وقد بينا ترتيب الاستحقاق فى ذلك المذهب ، وهو الذى سار عليه القانون ، واختار فى توزيع الاستحقاق إحدى الطريقتين المشهورتين فى المذهب الحنفى ، وكانتا موضع الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رضى الله عنهما ، وأن القانون اختار طريقة أبى يوسف ، وترك طريقة محمد التى كان معمولا بها من قبل ، لأنها كانت المختارة فى الفتوى .

ولم يحصل اختلاف بين الأئمة في المذهب الحنفى في الترتيب الذى شرحناه آنفاً ، إلا شيئاً يروى عن أبى حنيفة ، من أنه يقدم الأصول من ذوى الأرحام على الفروع ، وقد روى هذه الرواية عنه أبو سليمان عن محمد بن الحسن ، وروى بجوار هذه الرواية رواية أخرى رواها عنه الحسن بن زياد ، وأبو يوسف ، عن أبى حنيفة : أن الأولى في الترتيب الفروع ، كما رأى صاحبان ، والمشهور في المذهب ، ويوفق بعض الفقهاء بين الروایتين بأن الرواية الأولى كانت رأيه الأول ، والرواية الثانية المتفقة مع رأى الصاحبين هى رأيه الأخير ، وهذا توفيق حسن لو كان له سند من الرواية أيضاً ، ولم يعتمد على الإمكان العقلى المجرد •

وما عدا هذا الخلاف الجزئى في ترتيب الاستحقاق ، هو موضع اتفاق ، فالتقديم بالصف ، ثم بالدرجة ، ثم بالإدلاء بوارث ، ثم ينظر قبل الإدلاء إلى جعل كل حيز من القرابة صنفاً قائماً بذاته ، يترتب بين أحاده بالإدلاء بوارث ، في الصنفين الثانى والرابع إلى آخر ما بينا ، في ضوابط الترجيح •

١٧٢ — والخلاف بين أبى يوسف ومحمد هو بالإجمال في أمرين :

أحدهما — أن أبى يوسف عند التساوى في الدرجة والإدلاء بوارث ، ينظر إلى قوة القرابة ، فيقدم الأقوى عند التفاوت بينهم فيها ، فإن تساوا يقسم على ذوى الأرحام الموجودين من غير نظر إلى أصولهم ، وإنما ينظر إليهما ليتبين أيهم أقوى فيعطيه ، ولا يلتفت إلى ما سوى ذلك ، ويسرى هذا في الصنف الأول ، والصنف الثانى ، والثالث ، والرابع ، فالحقمة عنده على الموجودين من ذوى الأرحام ، من غير نظر إلى ما يدلون به من حيث الذكورة والأنوثة فيمن يدلون •

أما الإمام محمد فعند الاتحاد في الدرجة والإدلاء بوارث ، ينظر إلى أقرب شخص للميت يدلون به من حيث الذكورة والأنوثة والاستحقاق ، فيقسم عليه ، ثم يعطى ما استحقه إلى من يليه في الاتصال ، فإن كانوا ذكورا جميعاً أو إناثاً جميعاً قسم حتى يصل إلى الفرع الموجود ، وإن اختلفوا قسم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهكذا ، ويتعدد الأصل بتعدد فروعِهِ ، فالحقمة عنده لا تكون على أبدان المستحقين ، بل تكون الحقمة عنده على أقرب من يدلون به ، ويكون عنده الاختلاف في الذكورة والأنوثة ، ثم تنحدر الحقمة على من يليه مع جعل الذكور طائفة والإناث طائفة ، ثم الذين يلونهم كذلك ، مع

تعدد الأصل بتعدد فروعه ، ويرث الشخص من جهتين إن تعددت قرابته وهذا هو الأمر الثاني ، ولنضرب لذلك الأمثال •

(أ) ميت مات عن : بنت بنت بنت
ابن ٤ بنت ٣ بنت ١
بنتى بنت ٦ وابن

ففى هذا المثال يقسم محمد على الطبقة الأولى ، ويعد الواحد بتعدد فروعه ، وبما أنها كلها إناث ، فيكون بالسوية مع ملاحظة التعدد ، فلا يبتدىء التقسيم إلا حيث تكون الطبقة التى تختلف فيها الذكورة والأنوثة ، ففى هذه الطبقة يبتدىء فيكون الذكور طائفة والإناث طائفة ، ويعدد الأصل بتعدد فروعه ، وهنا كانت الذكورة والأنوثة فى الطبقة الثانية ، فيعد الابن فيها بابنين ، والبنت التى بجواره بنتين والبنت الأخيرة ببنت واحدة ، فتقسم التركة إذن فى هذه الطبقة على سبعة أخخص الابن الذى عد باثنين بأربعة ، والبنت التى عدت باثنتين بابنين ، والبنت الأخيرة بواحد • ويذهب ما للأصل إلى الفرع فيختص ابن بنت البنت بواحد ، وبنتا ابن البنت اللتان هما بنتا بنت بنت بستة •

(ب) توفى شخص عن : أب ١ أم ٢ أم ٦
أم أب أب
بب أب أم
أم ٢ أب ٦

ففى هذه الصورة تقسيم بين الأم والأب ، فتختص قرابة الأم بالثلث ، وقرابة الأب بالثلثين ، وما خص قرابة الأب يعطى أم أبى أم الأب ، لعدم تعدد آحادها ، وما خص قرابة الأم ، يقسم بين آحادها على اختلاف بين الذكورة والأنوثة ، فيقسم بين أبى أم أليت ، وأم أبى أبى الأم ، أثلاثا ، ثلثه للأول والثلثان للثانية وما خص كل واحد يذهب لأصله الموجود •

ويلاحظ هنا أن الأصول لا تتعدد بتعدد الموجودين من فروعهم بخلاف الحال فى المثال السابق فى الفروع ، إذ هى تتعدد بتعدد الفروع وأنفرق

بينهما أن تعدد الأصول بتعدد فروعهم في الصنف الأول ، لأن الأصول التي
تتعدد بتعدد فروعها . هي فروع ، فمهما تتعدد فهي فروع ، الفروع للميت
تتعدد ، وتتكاثر ، أما الأصول فإنها لا تتعدد بتعدد الموجودين من الأصول
لأن أصول الشخص أبوه أو أمه ، ولا يتصور تعددهما ، فلا يتصور للميت
أبوان أو أمان ، ولذلك كان لا يتعدد الأصل بتعدد الأصول التي يدلى بها •

(ج) وإذا توفى شخص عن :

أخت لأب ٣	أخت شقيقة ٩	أخت لأم ٣
بنت ١ ابن ٢	بنت	ابن
ابن ١ بنت ٢	ابن ٩	بنت ٣

ففي هذه المسألة يقسم الميراث بين الأخت الشقيقة ، ولأب ، ولأم ،
فيكون النصف للشقيقة ، والسدس للأخت الأم ، والسدس للأخت لأب ، وتقسم
التركة أخماسا ، ثلاثة أخماسها للأخت الشقيقة تكون لفرعها • وخمسها يكون
للأخت الأم ، يكون لفرعها ، وخمسها للأخت لأب يكون بين فروعها ، وقد
تعددوا فيسلك معهم ما سلكناه في المثال الأول ، من حيث تعدد الأصل
يتعدد فروعه ، والميراث من جهتين ، والقسمه على أول طبقه تختلف ذكورة
وأنوثة •

(د) وإذا توفى شخص عن :

عنه شقيقة ٤	خالة لأب ٢
بنت ٢ ابن ٢	ابن
أبني بنت ٢ بنت ٢	بنت

ففي المسألة يكون للعمه الثلثان لأنها قرابة الأب ، وللخالة الثلث لأنها
قرابة الأم . وما خص الخالة يعطى فرعها ، وما خص العمه يعطى فروعها ،
على التقسيم الذي ذكرناه في المثال الأول ، فيقسم بين بنت العمه ، وابن العمه
وتفرض بنت العمه اثنتين لتعدد فرعها ، فيكون نصيبها باثنتين ، ويختص
ابن العمه بنصيب اثنتين لأنه ذكر ، وما استحقته بنت العمه يكون لفرعها ،
والآخر لفرعه •

١٧٣ — هذه طريقة الإمام محمد رضي الله عنه في التقسيم بين ذوى
الأرحام إذا اتحد الصنف ، واتحد الدرجة ، واتحد الحيز وتعددوا ،

وَشَدُّ أَتَيْنَا بِمَثَلٍ لِّكُلِّ صَنَفٍ ، وَتَرَاهَا جَمِيعُهَا تَسِيرُ عَلَى مَنْطِقٍ وَاحِدٍ ، وَلَقَدْ رَوَى أَنَّ ذَلِكَ رَأَى أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا •

وَيَلَاحِظُ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ وَمُحَمَّدًا يَتَّفِقَانِ فِي جُمْلَةِ أُمُورٍ :

أولها' — فِي تَرْتِيبِ الْأَصْنَافِ الْأَرْبَعَةِ •

ثانيها — فِي أَنَّهُ حَيْثُ اخْتَلَفَتِ الدَّرَجَةُ فَإِنَّ صَاحِبَ الدَّرَجَةِ الْأَقْرَبَ أَوْلَى •

ثالثها — فِي أَنَّهُ إِذَا اخْتَلَفَ حَيْزُ الْقَرَابَةِ فِي الصَّنَفِ بِأَنَّ كَانَ الْقِسْمَ طَائِفَتَيْنِ إِصْدَاحَهُمَا تَدْلَى بِالْأُمِّ وَالْأُخْرَى بِالْأَبِ ، وَيَجْعَلُ لِقَرَابَةِ الْأُمِّ الثَّلَاثَ ، وَيُوزَعُ بَيْنَ مَنْ يَدُلُّونَ بِهَا مَهْمَا يَتَعَدَّدُوا ، وَلِقَرَابَةِ الْأَبِ الثَّلَاثَانِ يُوزَعَانِ بَيْنَهُمَا مَهْمَا يَتَعَدَّدُوا وَيَتَحَقَّقُ اخْتِلَافُ الْحَيْزِ فِي الصَّنَفِ الثَّانِي وَالصَّنَفِ الرَّابِعِ •

رابعها — أَنَّهُ رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُوْرِثُ الْقَرَابَتَيْنِ فِي ذَوَى الْأَرْحَامِ ، سِوَاءِ اتِّحَادِ الْحَيْزِ أَمْ اخْتَلَفَ ، وَقَدْ رَوَى هَذِهِ الرِّوَايَةَ عَنْهُ عُلَمَاءُ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ ، وَهِيَ الْمَشْهُورَةُ عَنْدهُمْ ، وَلَكِنْ رَوَى عَنْهُ عُلَمَاءُ الْعِرَاقِ وَخُرَاسَانَ رِوَايَةَ أُخْرَى ، وَهِيَ أَنَّ ذَا الرَّحْمِ لَا يُوْرِثُ الْقَرَابَتَيْنِ مَا دَامَتِ الْجِهَةُ وَاحِدَةً ، سِوَاءِ اتِّحَادِ الْحَيْزِ أَمْ اخْتَلَفَ ، وَذَلِكَ يَتَّفِقُ مَعَ مَنْطِقِهِ فِي تَوْرِيثِ الْجَدَّاتِ كَمَا هُوَ مَشْهُورٌ ، فَإِنَّهُ لَا يُوْرِثُ بِالْفَرْضِ الْجِدَّةَ ذَاتِ الْقَرَابَتَيْنِ إِلَّا عَلَى أَنَّهَا وَاحِدَةٌ ، لِاتِّحَادِ جِهَةِ التَّوْرِيثِ •

وَلَقَدْ أَخَذَ قَانُونُ الْمِيرَاثِ فِي هَذَا الْجِزْءِ بِمَذْهَبِ مُحَمَّدٍ وَسَائِرِ الْأَئِمَّةِ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْحَيْزِ ، وَأَخَذَ بِمَذْهَبِ أَبِي يُوسُفَ بِرِوَايَةِ الْعِرَاقِ عِنْدَ اتِّحَادِ الْحَيْزِ ، وَهُوَ مَنْطِقٌ فِي الْإِخْتِيَارِ مُسْتَقِيمٌ ، لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْحَيْزِ يَشْبَهُ اخْتِلَافَ الْجِهَةِ ، فَيَكُونُ كَالْتَّوْرِيثِ مِنْ جِهَتَيْنِ ، أَمَّا اتِّحَادُ الْحَيْزِ وَتَعَدُّدُ الْقَرَابَةِ ، فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَسْرَى عَلَيْهِ مَعْنَى اخْتِلَافِ الْجِهَةِ •

١٧٤ — هَذِهِ أَوَّجُهُ الْإِتِّحَادِ بَيْنَ الْمَذْهَبَيْنِ فِي تَوْرِيثِ ذَوَى الْأَرْحَامِ ، أَمَّا وَجُوهُ الْإِخْتِلَافِ ، فَجُوهَرُهَا كَمَا بَيْنَا :

(أ) أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يَنْظُرُ إِلَى ذَوَى الْأَرْحَامِ الْمَوْجُودِينَ فَعَمَلًا ، وَلَا يَنْظُرُ إِلَى أَصُولِهِمْ إِلَّا بِمَقْدَارِ قُوَّةِ قَرَابَتِهِمْ ، وَيُوزَعُ عَلَيْهِمْ عِنْدَ اتِّحَادِ الدَّرَجَةِ وَالصَّنَفِ ، وَقُوَّةُ الْقَرَابَةِ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حِظِّ الْأُنثِيَيْنِ عَلَى النِّحْوِ الَّذِي بَيْنَاهُ • وَأَنَّهُ

لا ينظر عند اختلاف الذكورة والأنوثة ، إلا على الموجودين فعلا من ذوى الأرحام • أما أصولهم فلا عبرة باختلافهم عنده ، إلا عند الحيز ، أما عند اتحادهم فلا ينظر إلى اختلاف في الأصول ، يقسم عليه •

(ب) وأن أبا يوسف لا يعتبر إلا عدد الموجودين ، وأما محمد فيعدد الأصول بتعدد فروعهم عند إمكان ذلك وتصوره ، هذا جوهر وجوه الاختلاف وقد استدل محمد بثلاثة أدلة :

أولها — أن الصحابة أجمعوا على أنه إذا كانت عمة وخالة يكون للعممة الثلثان وللخالة الثلث باعتبار أن هذه من قرابه الأُم ، وتلك من قرابة الأب ، وأنه عند اجتماع الأب والأُم يكون للأب الثلثان وللأُم الثلث ، وأن هذا المنطق ينير أسبيل عند كل توزيع لذوى الأرحام ، فإنه ينظر عند أول اختلاف في الأصول في الذكورة والأنوثة ، ويوزع للذكر مثل حظ الأنثيين ، كما وزع بين أصل العمه والخالة ، واعتبر أول إدلاء لهما ، فكذاك يعتبر عند النظر إلى الإدلاء ينظر إلى أول الاختلاف في الذكورة والأنوثة •

ثانيها — أن المتفق عليه بين الفقهاء أنه يرجح من أدنى بوارث ، وفي هذا ينظر إلى الأصول ، فكان ذلك نظرا إليهم من غير نظر إلى ذوى الأرحام أنفسهم وكان من مقتضى ذلك أن يكون التوزيع أولا على الأصول ما دمتا قد طرحنا النظر إليهم أنفسهم عند الترجيح •

ثالثها — وهو الدليل على تعدد الأصل بتعدد الفرع — أن الباعث على النظر إلى الأصل عند اختلافه ذكورة وأنوثة هو وجود الفرع ، فكان الفرع هو العلة في ذلك النظر ، وحيث تعدد الفرع فقد تعددت العلة ، فيتعدد الأصل ما دام يتصور في الإمكان العقلي تعدده •

هذه أدلة محمد ، وهي أقيسة دقيقة ، ولكنها ظنية ليست قطعية ، فهي مجموعة ظنون ، وإن تعددت ، ودليل أبى يوسف رضى الله عنه أن ذوى الأرحام إن استووا في أسباب الاستحقاق ولم يوجد مرجح يرجح فريقا على فريق منهم كان النظر في الذكورة والأنوثة إلى أبدانهم أنفسهم ، لا إلى أصولهم ، ألا ترى أنه لو كان بأحد مانع لا يستحق من غير نظر إلى أصله ، فكذاك في المطاء ينظر إليهم أنفسهم من غير نظر إلى أصولهم •

وقد أجاب عن استدلال محمد بأن التفرقة بين العمة والخالة ليست بسبب النظر إلى الأصول وحدها ، بل لأن ذلك أدى إلى اختلاف جهة التوريث واختلاف الجهة يؤدي إلى اختلاف السبب ، وحيث اختلف السبب فإن الاستحقاق يختلف •

وأما عند التساوي في الاستحقاق والسبب فلا موجب للنظر إلى الأصول ، وانترجيح بالإدلاء بوارث ليس توزيعاً بين الأصول ، إنما ترجيح بين المستحقين أنفسهم بقوة نسبهم •

١٧٥ — هذه أدلة الفريقين • والناظر إلى لب هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد يرى أن أبا يوسف أخذ بنظرية أهل القرابة أخذاً مجرداً ، فرتب بين المستحقين بأصنافهم ، ثم بدرجة القرابة ، ثم بالإدلاء بوارث ثم بقوة القرابة ، ثم نظر إلى المستحقين أنفسهم ، ولم يقسم على أصولهم قط ، ولم ينظر إليها ، إلا لترجيح بعضهم على بعض في بعض الأحوال ، لترتيب درجات الاستحقاق ، ولم يتجه إلى الأصول إلا عند اختلاف حيز القرابة ، لأنه اعتبر ذلك اختلاف جهة التوريث ، وبذلك النظر أخذ قانون الميراث ، كما بينا •

أما مذهب محمد وأبي حنيفة ، فهو في لبه اتجاه إلى نظر أهل القرابة مع بعض الاقتباس من نظرية أهل التنزيل ، أو هو في الواقع مزج بين طريقة أهل التنزيل ، وطريقة أهل القرابة ، فهو أخذ من طريقة أهل القرابة لترجيح بين الأصناف ، والترجيح بالدرجة والإدلاء بوارث ، وأخذ من طريقة أهل التنزيل ، التقسيم بين الذكر والأنثى عند أول اختلاف بينهما •

ولعل أوضح ما أخذه من طريقة أهل التنزيل ما يكون في توزيع الميراث بين المستحقين في الصنف الثالث ، فإنك تراه يقسم عند التساوي في الدرجة والإدلاء بوارث على الإخوة والأخوات أنفسهم ملاحظاً استحقاقهم وتعدددهم بعدد فروعهم على ما هو مبين •

هذا تحقيق القول في ذوى الأرحام ، والمعمول به هو مذهب أبي يوسف وقد رجحه السرخسي ، واختاره القانون وقد شريحناه ، وضربنا عليه الأمثال في صدر كلامنا ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

٥ - الرد على أحد الزوجين

١٧٦ - بينا معنى الرد ، واختلاف الفقهاء فيه وقتلنا أن جمهور الصحابة على أنه لا يرد على الزوجين ، وأن عثمان بن عفان رضى الله عنه هو وحده الذى اختار الرد على أصحاب الفروض ، ومنهم الزوجان من غير فرق بين الفرض بسبب الزوجية ، والفرض النسبى •

وقلنا أن قانون الميراث أخذ بذلك المذهب فى الرد على الزوجين إذا لم يكن أحد من ذوى الأرحام ، وبذلك تكون المرتبة التى تلى ذوى الأرحام هى الرد على الزوجين ، فلو كان للمتوفى زوجته وحدها ، ولم يكن ثمة وارث قط من الأقارب عصبات أو أصحاب فروض أو ذوى أرحام فإن الميراث كله يكون للزوجة فرضا وردا ، وكذلك إذا كان المتوفى زوجة فإن زوجها يأخذ كل مالها فرضا وردا إذا لم يكن أحد من أقاربها مطلقا •

أما إذا اجتمع الزوج أو الزوجة مع أحد من ذوى الأرحام ، فإن الزوج أو الزوجة يأخذ فرضه والباقى يأخذه ذو الرحم المستحق له ذكرًا كان أو أنثى فإذا كان للمتوفى زوجة وبنت بنت استحققت الزوجة الربع ، واستحققت بنت البنت الباقى ، وإذا كان للمتوفى زوج وأبو أم ، وابن أخ لأم استحق الزوج النصف وأبو الأم الباقى ، ولم يستحق ابن الأخ لأم شيئًا لأن الصنف الثانى مقدم على الصنف الثالث •

وإذا كان للمتوفى زوج ، وابن بنت ، وخالة ، فإن الزوج يأخذ النصف ، وابن البنت يأخذ الباقى ، ولا تأخذ الخالة شيئًا ، لأن الصنف الأول مقدم على من سواه من باقى الأصناف ، وهكذا •

٦ - العصبية السببية

١٧٧ - يقصد بالعصبية السببية الميراث بولاء العتاقة ، وهو لا يثبت على من كان حر الأصل ، بل يثبت على من كان معتقًا ، وفرعًا لمعتق ووراثته تكون للمعتق ذكرًا كان أو أنثى ، ولعصبية المعتق من الذكور فقط ، فليس فيه عصبية بالغير ولا مع الغير •

والأصل فى ذلك أن العتق يجعل صلة بين المعتق ومن أعتقه ، ويجعله كأقاربه بحيث يرث منه ، ومرتبته تلى ذوى الأرحام والرد على الزوجين ، كما هو نص

القانون ، فلو كان للمتوفى زوجة أو أحد من ذوى الأرحام ما استحق المعتق أو عصبته شيئا ، أما إذا لم يكن أحد من هؤلاء قط ، فإن الميراث يكون له •

وقد تبين ذلك فى ترتيب درجات الاستحقاق فى أول كلامنا •

١٧٨ — والميراث بالعصبة النسبية يثبت لمن يأتى بالترتيب •
(أ) للمعتق ذكرا كان أو أنثى ، فإذا كان لامرأة أمة فأعتقتها كان ميراثها لها إذا لم يكن لها أحد قط من أقاربها ، ولم يكن لها زوج ، وترث المعتقة لكونها عصبه سببية - وكذلك إذا كان المعتق ذكرا ، وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » ولقوله عليه السلام « الولاء لحمه ، كلحمة النسب » وقد أثبت النسب الميراث ، فثبت الولاء مثله •

(ب) فإذا كان المعتق غير موجود ، ولا أقارب للمتوفى ، ولا أحد الزوجين ، كان الميراث لعصبة المعتق من الذكور فقط ، ولا يدخل فيهم النساء عصبه بغيرهم أو مع غيرهم ، لأن العصبة السببية أساسها النص ، وقد ورد فى الذكور دون الإناث ، ولأن عمل الصحابة كان على ذلك ، فلم يكن فى الولاء عصبه من النساء إلا من أعتق ، وينسب إلى النبی صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليس للنساء من الولاء الا من أعتقن أو أعتق من أعتقن » •

وترتيب عصبائ المعتق ، كترتيبهم فى النسب تماما ، فتقدم جهة البنوة على جهة الأبوة للمعتق ، وجهة الأبوة على جهة الأخوة ، وهكذا •

بيد أن أبا يوسف قد نص على أنه إذا كان للمعتق ابن أو ابن ابن ، وأنه أب ، فإن الأب لا يحجب حجب حرمان ، بل يكون له السدس ، وللابن أو ابن ابن الباقي ، وذلك لما هو معلوم من أن الأب له على مال ابنه نوع من الملك ، فإذا أعتق عبدا ، فللأب فى ذلك نوع ولاء ولا يثبت له ابتداء ، لذلك قرر أبو يوسف أن يكون له السدس مع هذا الابن • وللقياس على حال العصبة النسبية فإن الأب يكون له السدس ، مع أن الابن أو ابن الابن هو العصبة النسبية •

١٧٩ — ويلاحظ أيضا أن الجد هنا يشترك فى التعصيب مع الإخوة الأشقاء أو لأب ، ويشاركونه فيه على حسب القانون ، إذا اعتبر التعصيب السببى كالنسبى فجعلهم^(٩٤) يشاركون لتكون الأحكام واحدة •

(٩٤) يلاحظ أن ذلك لم يبينه القانون صراحة ، بل جاء فيه ضمنا ، وقد بينت
= المذكورة التفسيرية كيف اشتمل القانون على ذلك ، ففيها :

(ج) وإذا لم يكن للشخص معتق له ، ولا عصبه له لانقرضهم أو عدم وجودهم ، فإنه تكون العصبية السببية معتق معتقه ، إن كان معتقه لم يكن حر الأصل ، وذلك لأن الولاء يتسلل فيثبت على المعتق ، وينسحب منه إلى من أعتقه هو ، ويستحق ذلك معتق المعتق سواء أكان ذكرا أم أنثى لعمل الصحابة ، وللأثر المنسوب إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، الذي أخذ الصحابة بمعناه ، وإن كان في رواية نصه نظر .

فإن لم يكن هذا المعتق للمعتق موجودا ، وله عصبه نسبون فإنهم يرثن على ألا يستحق منهم إلا الذكور ، فلا يستحق الإناث^(٩٠) شيئا على وجه كونهم عصبه بغيرهم أو مع غيرهم ، ومع ملاحظة أن الجدة يشارك الأشقاء أو لأب ، كما بينا ، وهكذا معتق المعتق وعصبته إن كان أحد من هؤلاء .

(د) وإذا لم يكن معتقه موجودا ، ولا عصبته ، ولا معتق معتقه ولا عصبته

= « سوى بين العصبه النسبية والعصبه السببية في مشاركة الإخوة الأئساء أو لأب للجد في الميراث إذ لا وجه لاختلاف الحكم ، وأخذ في توريتهم بمذهب الصاحبين ، ويلاحظ أن حكم التسوية وإن لم يذكر صراحة في المادة ٤٠ من المشروع ، فإن هذا الحكم مستفاد من النص فيها على أنه عند عدم المعتق ينتقل الإرث إلى عصبته بأنفسهم على الترتيب المذكور في المادة ١٧ ومن النص على أن نصيب الجد في العصبه السببية لا ينقص دائما عن السدس » .

السمر هنا كان على مقتضى مذهب على ، وليس على مقتضى مذهب زيد الذي اختاره الصاحبان ، فليس القانون سائرا على مذهب الصاحبين كما ذكرت المذكرة .

(٩٥) قال بعض الفقهاء أنه إن كان بيت المال غير منتظم ويقوم عليه غير عادل تعطى الإناث فلو كان للمعتق بنت معتق أخذت ، هذا وقد اشتملت على أحكام العصبه النسبية المادتان ٣٩ ، ٤٠ .

مادة ٣٩ — العاصب السببي يشمل :

« أ ، مولى العتاقة ومن أعتقه أو اعتق من أعتقه .

« ب ، عصبه المعتق أو عصبه من أعتقه أو اعتق من أعتقه .

« ج ، من له الولاء على ميت ، أمه غير حرة الأصل بواسطة أبيه ، سواء أكان بطريق الجر أم غيره ، أو بواسطة جده بدون جر .»

مادة ٤٠ — يرث المولى ذكرا كان أو أنثى معتقه على أي وجه كان العتق ، وعند عدمه يقوم مقامه عصبته على ترتيبهم المبين بالمادة ١٧ على ألا ينقص نصيب الجد عن السدس وعند عدمه ينتقل الإرث إلى معتق المولى ذكرا كان أو أنثى ، ثم إلى عصبته بأنفسهم وهكذا ، وكذلك يرث على الترتيب السابق من له الولاء على أبي الميت ثم من له الولاء على جده وهكذا .

ولا ورثة له ، ولكن لشخص ولاء عتاقة عليه بطريق آخر ، فإنه يأخذ ميراثه إن لم يكن له ورثة قط ، ويثبت الولاء بغير الإعتاق للمتوفى في حالين :

أولاهما — في ثبوت الولاء على فروع من أعتقه ، إذا كانت أمه أمة عتيقة ، ومثال ذلك أن يتزوج عتيق عتيقة ، فولدهما يكون حرا ، وولاؤه لمن أعتق أباه ، لأن النسب إلى الأب ، وأبوه يرتبط بصلة الولاء لمن أعتقه ، وكذلك إذا تزوج عتيق عتيقة ، ثم تزوج ابنهما عتيقة أخرى فأنجب ولدا فإن ولاءه يكون لمعتق جده ، ففي هذه الصور وسابقتها يثبت الولاء ابتداءً مع أن الإعتاق لم يقع على المتوفى نفسه ، بل وقع على أبيه أو وقع على جده ، ويشترط في هذه الحال أن تكون الأم غير حرة الأصل ، لأنها لو كانت حرة الأصل فولدها يتبعها ، ولا ولاء لأحد عليه .

الحال الثانية — حال جر الولاء ، وتكون إذا كانت الأمة عتيقة قبل الولادة أو بعدها بيقين ، والأب عبد ، فإن الولاء في هذه الحال يكون لمعتق الأم ، إلى جهة الأب فالذى جر الولاء في هذه الحال هو معتق الأب سواء أكان المعتق ذكرا أم أنثى وإعتاق الجد لا يجر الولاء من جانب الأم إلى جانب الأب .

١٨٠ — وشروط جر الولاء كما جاء في المذكرة التفسيرية ألا تكون الأم حرة الأصل لأنها إن كانت كذلك يكون أولادها أحرار الأصل تبعاً لهما ، وإن يكون الأب عبداً عند الولادة ، ويعتق قبل موته ، وألا يكون الولد عند إعتاق الأم في بطن أمه حقيقة بولادته لأقل من ستة أشهر ، أو حكماً ، بأن يحكم القانون بثبوت نسبه ، لأنها إن كانت حاملاً وقت عتقها ، فإن الاعتاق يرد عليه لأنه يكون جزء أمه ، فيكون ولاءه لمعتقها أصالة ، ولا يجر لغيره قط ، لأنه جزء منها ، فالإعتاق واقع عليه بالتبع لهما أو بالقصد ، وفي الحالين يكون الولاء بالأصالة لمعتقها لا للضرورة .

ويلاحظ أن الولاء الثابت عن طريق أبى العتيق بالجر أو غيره مقدم على الولاء الثابت بإعتاق جده ، لأن الأب مقدم على الجد في الولاء ، كما هو مقدم عليه في الميراث ، فمعتق الجد وعصبته متأخرون عن صاحب ولاء الأب وعصبته .

وكل من يثبت له الولاء يثبت له الوراثة إن لم يكن أحد من الأقارب ،
فإن لم يكن المعتق فحصبته الذكور بالترتيب المذكور ، وعصبة صاحب الولاء
مرتبون على الطريقة السابقة ، فيكون التقدم بالجهة ، فإن اتحدت الجهة
كان الترجيح بقرب الدرجة ، فإن اتحدت الدرجة كان الترجيح بقوة القرابة
على ما بينا ، بيد أن الإناث ليس لهن حق في العصبة السببية قط ، وقد نوهنا
إلى ذلك كله في ماضى قولنا •

والعصبة السببية اتفق على التوريث بها جمهور الفقهاء ، ولكن خالفهم
الإباضية ، وقالوا أن الولاء لا يثبت به توريث ، لأن سبب التوريث القرابة أو
الزوجية ، ولا قرابة ، ولا زوجية ، فلا يثبت توريث ، ولم يصح في الأخبار عن
النبي صلى الله عليه وسلم توريث بالولاء ، والقرآن الكريم قد جاء فيه
« وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » ، فإن لم يكن أولو الأرحام
ولا زوجية فالمراث يكون لقبيلك الشخص أو جنسه من المسلمين ، إن كان حبشياً
كان للمسلمين من الأحباش ، وإن كان عربياً كان للمسلمين من العرب ، إن لم
تثبت له قرابة خاصة من بينهم ، وهكذا ، لأن الجنس نوع قرابة ، فإن لم تكن
القرابة الرحمية الخاصة الثابتة كانت الوراثة للقرابة العامة ، وهي تكون في
الجنس ، ويروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بميراث مولى له مات فقال :
هل له من نسب أو رحم ؟ قالوا : لا ••• قال أعطوا ميراثه أهل قريته ، ولم
يأخذه ، وهو مولا •

(١٨) — وحجة جمهور الفقهاء في إثباتهم الوراثة بالولاء ، أن النبي صلى
الله عليه وسلم قال : « الولاء لحمة لكحة النسب » وأن الحرية هي معنى الأدمية
فمن أنعم على رقيق بها ، فهو بمنزلة والده الذي كان السبب العادي لوجوده
وإذا كان الأب الحقيقي استحق مال ولده بالميراث ، فالأب لحرية يستحق ماله
بالميراث إن لم يكن عصبة ، ولقد سار على ذلك الصحابة رضي الله عنهم ،
وقد اختلف الفقهاء بعد ذلك في هذا الحق ، أثبت مع نفيه أم لا يثبت إذا
نفاه ؟ قال مالك رضي الله عنه لا يثبت ذلك إلا إذا كان المعتق لوجه الله
سبحانه وتعالى ولم ينف الولاء ، فإن اشترط نفيه انتفى ، وقال أبو حنيفة
وأصحابه يثبت الولاء متى وجد العتق ، سواء أكان المعتق لوجه الله ، أم
كان لغير وجه الله ، وسواء أكان اضطراراً أم كان اختياراً ولا ينتفى بشرط
نفيه ، وذلك لأن الولاء ثمرة العتق ، فحيث وجد ثبت ، كما أنه من حيث وجد
السبب وجد المسبب ، وهي حقيقة شرعية قررها المعتق للمعتق ، فهي من مقتضى
العتق ، وكل شرط يصحب العتق مخالفاً لمقتضاه يصح العتق ويلغى الشرط •

ولقد قرر الفقهاء أن الولاء يثبت التوريث على أنه عصبه سببية تعقب العصبه النسبية ، وتسبق الرد على أصحاب الفروض جميعا ، وتسبق ذوى الأرحام .

ولكن قانون الميراث لم يسر على ذلك ، بل جعل الإرث بولاء العتاقة متأخرا عن ذوى الأرحام ، وعن الرد على الزوجين ، وهو في ذلك يعمل بمذهب الإباضية عندما يكون ذوو أرحام ، أو أصحاب فروض أيا ما كانوا ، ويأخذ برأى جمهور الفقهاء ، إن لم يكن أحد الأقارب قط ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

نظرة إلى التوريث في الإسلام

١٨٢ - انتهينا من توزيع التركة على الورثة ، وترتيب درجاتهم ، ومقادير استحقاقهم في مراتبهم المختلفة ، وقبل أن نتجه إلى ذكر من تتول إليه التركة إن لم يكن أحد من الورثة نريد أن نلقى نظرة في تعرف مرمى الشرع الإسلامي في ذلك التوزيع ومقامه من النظم الأخرى في الميراث .

إن أول ما يلاحظ الدارس في النظام الإسلامي للميراث أنه جعل ذلك النظام إجباريا بالنسبة للمورث ، وبالنسبة للوارث ، فليس للمورث سلطان على ماله بعد وفاته إلا في الثلث ، ليتدارك به تقصيرا دينيا فاته فأراد أن يفقديه بالمال أو ليؤاسى من يستحق المواساة ممن تربطه به صلة مودة أو قرابة بعيدة لا يستحق بها ميراثا ، أو لينفقه في جهات البر ومصالح الجماعة التي يعيش فيها ، أما الثلثان فليس له فيهما سلطان ، والخلافة فيهما يتولاها الشارع بوزعهما بين أسرته بالقسطاس المستقيم ، كل بمقدار حاجته أو بمقدار قرابته .

تولى الشارع في الإسلام الخلافة في الثلثين ، ولقد جعلهما في أسرته لا يخرجان عنها بل يوزعان في دائرتها ، وذلك لأن منافع الأسرة متبادلة فيما بين أحادها ، فالقوى فيها يحمي الضعيف ، والغنى فيها يمد الفقير بماله ، ويعينه على نوائب الدهر ، وقد أوجب الشارع للفقير العاجز عن الكسب نفقة في مال قريبه الموسر ، ما دام قادرا ، وفي ماله فضل يعطى منه ، فكان

ذلك التبادل الذى أقره الإسلام ، وأوجب بعضه ، وحث على ما لم يوجبه بحكم القضاء — سببا فى أن جعل الخلافة للأسرة فى ثلثى مال المتوفى إجبارا عنه من غير أن يكون له دخل فى ذلك التوزيع ، بل كان التوزيع بوصية الله العادلة ، بدلو صية غيره القاسطة •

١٨٣ — وإن جعل الوراثة فى الأسرة لا تعدوها ، أراد صاحب المال أو لم يرد بل سواء أراضى أم سخط وهو من عمل الشارع الإسلامى على حماية الأسرة ، وإقامة بنيناها ، وتوثيق العلاقة بين آحادها ، فهو من الناحية المالية والعاطفية حافظ عليها بوجوب نفقة الفقير العاجز فى مال قريبه الغنى القادر ، ويجعل الميراث للأقارب : وقد سار نظام الميراث مع نظام النفقات بين الأقارب فى خطين متوازيين متماثلين ، فجعل النفقة عند العجز لمن يرث المال إن كان غنيا ، والغرم بالغنم والحقوق والواجبات متبادلة •

وحافظ الشارع الإسلامى على الأسرة ، تلك المحافظة ، لأنها وحدة البناء الاجتماعى ، ولا شك أن إحساس كل واحد منهم بأن له شطرا فى مالها ، يأخذ منه عند العجز ، ويثول إليه بعضه عند الوفاة ، مما يقوى دعائمها ويوثق الصلات وينمى التعاون بين آحادها ، وإنه من الوقت الذى يتبدىء الانحلال فى الروابط التى تربط آحاد الأسرة يكون ابتداء انحلال المجتمع فى الأمة الواحدة ، فتصير آحادها متناثرة ، لا وحدة تجمعها ، ولا رابطة تنظمها : ولا اجتماع يقوم على دعائم من الخلق القويم •

١٨٤ — وإن جعل الشارع الإسلامى الوراثة فى الأسرة مجتمعة ، وبعضها أولى من بعض فى بعض الأحيان ، وهو الأمر الوسط بين نظر الاشتراكيين الذين يمحون التوارث محوا تاما ، ولا يعتبرون للشخص مالا إلا مما كسب بيده ، ونظر الافراديين الذين يجعون للشخص السلطان الكامل على ماله بعد وفاته كما كان له السلطان الكامل عليه فى حياته ، وإن فى كلتا النظرتين أطراحا للأسرة ، فالأولى أهملتها ، ولو أراد المالك رعايتها ، والأخرى تركتها لإرادته ، إن شاء أعطى ، وإن شاء منع ، وربما يسير فى العطاء والمنع غيما لا يوثق علائق الأسرة بل غيما يوهنها ، فجاء الشارع الإسلامى وسلب من المورث الإرادة فى الثلثين ، وترك لإرادته السلطان فى الثلث ، ولم يسلب لإرادته فى الثلثين إلا لحماية الأقربين له ، فهو لم يسلبه الإرادة إلا ليعطى المال للأسرة بالقسطاس المستقيم ، ولكيلا يكون فى النفس جفوة المنع والإعطاء إن تولى ذلك المورث •

وإن شئت أن تقول أن مال الأسرة بين أحادها • ففيه نوع شركة فقل ، وإن شئت أن تقول أن النظام الإسلامي يشبه الاشتراكية في الأسرة فقل ، بيد أن الملكية ثابتة لكل مالك ، لا يحل شيء من ماله للآخر ، إلا بطيب نفسه ، أو بحكم القضاء ، ومظهر تلك الاشتراكية الضيقة في معناها هو في وجوب نفقة القريب على قريبه ، وفي جعل الميراث إجباريا بين أحاد الأسرة على النظام الذي بيناه •

١٨٥ — وإن التوزيع العادل الذي تولاه الله سبحانه وتعالى ، يبدو بادي الرأي أنه يقوم على ثلاثة أقطاب :

أولها — أنه يعطى الميراث للأقرب إلى المتوفى الذي يعتبر شخصه امتدادا في الوجود لشخصه ، من غير تفرقة بين كبير وصغير ، ولذلك كان أكثر الأسرة حظا في الميراث الأولاد ، ومن ينتسبون إليه ، لا ينفرد به فريق دون فريق ، ومع أنهم أكثر الناس حظا في الميراث لا يستأثرون به بل يشاركونهم فيه غيرهم ، ولا يكون مجموع ما يستحقون أقل من النصف قط •

وإن مشاركة غيرهم بنحو النصف أحيانا ، هو لمنع تركيز المال في ورثة بأعيانهم ، فالأبوان إذا يأخذان الثلث ، ويكون من بعدهما لأولادهما ، وهم إخوة المتوفى ، يتول إليهم نصيب الأبوين ، فيكون الاشتراك في المال بدل الانفراد ، وإن لم يكن أب ، فقد يأخذ الإخوة مع الأولاد كما رأيت في حال الفرع الوارث المؤنث ، مع أن الإرث كلن للأقرب ، لم يكن الإعطاء على سبيل الاستئثار ، بل على سبيل الاشتراك •

١٨٦ — وثانيها : ملاحظة الحاجة ، فكلما كانت الحاجة أشد كان العطاء أكثر ، ولعل ذلك هو السر في أن نصيب الأولاد كان أكثر من نصيب الأبوين ، مع أنه من المقرر شرعا ، أن للأبوين في مال ولدهما نوع ملك ، كما ورد في الحديث الشريف : « أنت ومالك لأبيك » ولكن لأن حاجة الأولاد إلى المال أشد ، لأنهم في غالب الأحوال ذرية ضعاف يستقبلون الحياة ، ولها تكليفاتها المالية ، والأبوين في العاكب لهم من المال فضل ، وهما يستدبران الحياة ، فحاجتهما إلى المال ليست كحاجة الذرية الضعفاء •

وفوق ذلك فإن ما يرثانه يكون لأولادهما ، ولا يكون للذرية من طريف مالهما وتالده شيء ، لأن أباهما مات وهما على قيد الحياة ، فكان لابد أن يكون حظ الذرية وغيرا •

وإن ملاحظة الأكثر احتياجا هي التي جعلت الذكر ضعف الأنثى ، ذلك بأن التكاليف المالية التي تطالب بها المرأة في كل الأمم ، دون التكاليف المالية التي يطالب بها الرجل ، فهو المطلب بنفقة الأولاد وإصلاحهم ، وهو يمدها بحاجتهم ، وأن الفطرة الإنسانية هي التي جعلت المرأة قواما على البيت والرجل عاملا كادحا لتوفير النقود ، فكان هذا داعيا لأن يطالب هو بتقديم المال ، وتطالب هي بتدبير البيت ، وهذا بلا شك يجعل حاجة البنت إلى المال دون حاجة الابن ، وحاجة الأخت دون حاجة الأخ ، وإن الإعطاء على مقدار الحاجة هو العدل ، والمساواة عند تفاوت الحاجات هي الظلم ، فأولئك الذين يتكلمون في مساواة الرجل بالمرأة في الميراث ، لا يسيرون وراء المساواة العادلة ، بل يسيرون وراء المساواة الظالمة .

١٨٧ - ثالثها - أن الشرع الإسلامي في توزيعه التركة يتجه إلى التوزيع دون التجميع ، فهو لم يجعل وارثا يستبد بها دون سواه ، فلم يجعلها للولد البكر ، ولم يجعلها للأبناء دون الآباء ، ولم يطلق يد المورث يختص بها من يشاء من خلفائه بل وزع كل تركة بين عدد من الورثة ، والصورة التي يستبد فيها وارث بالتركة كلها نادرة جدا ، وهي تكون حيث يملك الأقارب ، وما كان نظام التوريث ليخلق القرابة ، بل ليوزع بينهم بمقدار قربها وقوتها .

لذا ترى الأولاد جميعا يشتركون في الميراث ، وقد يشاركهم فيه أولاد الأولاد ، وإن كان آباء ، فإنهم سيشاركونهم لا محالة .

وإذا انتقل الميراث من عمود النسب إلى الحواشي ، ويوزع بينهم من غير أن تستبد قرابة دون قرابة ، فإذا كان إخوة أشقاء ، ولأم ، ولأب ، وزع بينهم الميراث في كثير من الأحوال ، فأولاد الأم ، يأخذون مع وجود أولاد الأب والأم ، مع تعارف الناس في كل العصور على أن أولئك أقرب رحما ، وأوثق صلة وهم نصرأؤه وأعوانه ، ولكن لكيلا تتجمع التركة في حيز واحد أعطوا .

وليس إعطاء أولاد الأم لتوزيع المال وعدم تجميعه فقط ، بل إن ذلك أيضا لنصرة الأمومة ، وإعلان قوة علاقتها ، وأنها تربط الأولاد ، كما يربط الأب بين أولاده ، وهو رد قوي صريح لما كان يجري عليه عرف العرب من عدم اعتبارهم قرابة الأم ، ثم هو فوق ذلك من شأنه أن يشعن الإخوة الذين تربط صلة الأمومة بينهم بأنهم لا يتلون قوة في علاقتهم عن تربطهم صلة الأبوة ، ثم هو فوق هذا وذلك يجعل الأولاد لا ينفرون من زواج

أمهاتهم ، ولا يعضلونهن لتوهم عار أو نحوه ، لأنهم يعلمون أنهم بهذا الزواج يصلون قرابات بقرابتهم ، ويزيدون الأنصار والأولياء ، والله بكل شيء عليم •

ولقد كانوا يرثون مع وجود الأم ، ليتحقق لهم نصيب موفور ، لا قدر ضئيل ، لأن الأم إن حجبته لا يثول إليهم من نصيب أمهم إلا قدر ضئيل ، وهو ما يشتركون فيه مع سائر أولادها ، فيخصهم قدر غير كبير ، بينما يأخذ أولاد الأب قدرا كبيرا لأن الأم لم تحجبهم ، ولقد كان من يحجبهم هو من يحجب أولاد الأب تقريبا ، إذ لا يمتاز أولاد الأب عنهم ، إلا أنهم يأخذون مع الفرع المؤنث ، وهم في ذلك الحال لا يستحقون غرضا ، بل يستحقون باعتبارهم أولى عاصب •

ومما بنى على فكرة التوزيع دون التجميع ، ما قرره العلماء من أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث ، وإذن لو كان كلاهما يرث لكان ذلك جمعا للتركة في حيز واحد ، فلو كان الأب وأبوه يرثان ، لكان ذلك تجميعا لسطر كبير من التركة في حيز واحد ، ولو كان الابن وابنه يرثان بتدر واحد ، لكان ذلك تجميعا ، ولو كانت الأم وأمها ترثان لكان ذلك تجميعا أيضا ، وكذلك العم وابنه ، وهكذا •

١٨٨ - وإن تأخير ذوى الأرحام عن غيرهم في الميراث ، إنما ذلك لأنهم وإن وصلتهم الرحم يعدون من أسرة أخرى غير أسرة المتوفى كما ذكرنا ، ولهم ثروات آلت إليهم من أسرهم ، فكان المعقول ألا يعطوا إلا في حال عدم وجود أحد من أسرة المتوفى ، وأقاربه الأدنى •

إن توريث المولى الذى أعتق ، وإجماع المسلمين على ذلك تقريبا ، وورود الآثار الصحاح به يشجع على العتق ، وفك الرقاب ، لأنه إذا علم المعتق أنه قريب من أعتقه ، وأنه وليه فيما يترك من مال ، وأنه خليفته ، وأنه في المنزلة يكون قريبا من أخيه وعمه ، بل أسبق من خاله وابنة أخيه على ما يقول الفقهاء ، أقدم على الإعتاق ، ليزيد من قرابته ، ويجعله ولدا ونصيرا ، بعد أن كان متاعا وشيئا ، فكان العتق يكون غنما للمعتق ، وإن كان في ظاهره غرما •

إنها قسمة الله العادلة ، وتوزيعه الحكيم ، وقد بينه الله لكيلا يضل الناس ، وإن ضلوا من بعد ، فعن بينة وسلطان من الحق مبين ، فتعظم التبعة ويخف الميزان بين يدى الديان ، وقد قال تعالى في بيان المواريث : « بين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شيء عليم » •

بيان من تكون له التركة إن لم يكن وارث

١٨٩ - إذا لم يكن أحد من الورثة الذين ذكرناهم بترتيبهم ، فإن المال يقول أولاً إلى من أراد المورث أن يأخذه ، فإن لم يكن أحد ممن أراد صاحبه أن يأخذه ، أخذ بيت المال على أنه من الضوائع •

والذين أراد المورث أن يأخذوا ماله هم :

أولاً - الذين يقر لهم بنسب فيه تحميل النسب على غيره ، فإنه إذا لم يكن له وارث ممن ذكرنا ، وكان هناك شخص قد أقر بأخوته مثلاً ، ولا دليل عليها ، فإنه يأخذ المال ، على أن الميت أراد في حياته أن يأخذه ، لا على اعتبار أنه وارث ، إذ أساس الميراث في القرابة هو النسب ، ولا يثبت نسب من يكون الإقرار بنسبه فيه تحميل على الغير بمجرد الإقرار ، ولذلك اشترط أن يموت المقر مصراً على إقراره ، لأنه إن رجع فيه ، فقد تغيرت الإرادة ، فلا يأخذ شيئاً ، وقد بينا ذلك في موضعه في أول الكلام في المستحقين للتركة •

فإن لم يكن هناك مقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره ، وكان هناك موصى له بأكثر من الثلث ، فإنه يأخذ الجزء الزائد ، أي يأخذ كل ما أوصى به لأن منع الوصية بأكثر من الثلث إنما هو لحق الوارث ، فإن لم يكن الوارث - نفذت إرادة المتوفى في ماله ، إذ لا حق تعلق بماله يمنعه من أن يتصرف فيه بعد وفاته لمن يشاء ، وقد بينا ذلك عند ترتيب درجات الاستحقاق ، وبيان المستحقين •

وإن لم يكن موصى له بكل المال ، بل فضل شيء من بعد تنفيذ الوصايا أو لم تكن وصايا ، فإن التركة تكون لبيت المال وتذهب إلى بيت مال الضوائع وهو الذي يكون فيه كل مال لا يعرف له مالك ، وقد قررنا أن جمهور الفقهاء يقررون أن بيت المال لا يستحق باعتباره وارثاً ، بل يلحق فيه المال باعتباره لا مالك له ، ولو ظهر للميت ورثة أعطوا التركة ، وقد قال بعض الفقهاء أنه يذهب إلى بيت المال باعتباره وارث من لا وارث له ، ولقد اختار القانون أن بيت المال لا يستحق باعتباره وارثاً ، بل يأخذ المال على أنه لا مالك له ، وقد بينا ذلك في أول الكلام في المستحقين للتركة •

أحكام لبعض الوارثين

• ١٩ - بينا فيما مضى أنه لابد من وجود الوارث بعد وفاة المورث •
وذكرنا أنه يتغير مقدار الإرث في كثير من الأحوال باختلاف بين الذكورة
والأنوثة وبيننا أنه لابد من ثبوت النسب الذي هو سبب قيام الوراثة بالنسبة
للأقرباء •

ولبعض المستحقين للتركة أحوال تتردد بين الوجود والعدم ، وتتردد
بين الذكورة والأنوثة ، ويتردد النسب بين الثبوت والنفي •

فالذين تتردد حالهم بين الوجود والعدم الحمل ، والمفقود ، ومن يتردد
حاله بين الذكورة والأنوثة الحمل ، وهو حمل ، والخنثى ، ومن يتردد نسبه
بين النفي والثبوت هو ولد ألعان - ويقاربه ولد الزنى ، وإن هذا الباب من
بحثنا شامل لكل هؤلاء ، ولنتكلم في ميراثهم واحدا واحدا •

١ - الحمل

١٩١ - إن الحمل ، وهو في بطن أمه يتردد بين الوجود ، والعدم -
لأنه إن ولد حيا استندت حياته إلى وقت وفاة المورث ، وإن ولد ميتا اعتبر
معدوما وقت الوفاة ، وذلك لأن الحمل له اعتباران وقت استقراره في بطن
أمه ، (أحدهما) أن يكون جزءا منها ، وبذلك لا يستحق ميراثا ، لأنه ليس
حيا مستقلا ، (والثاني) أنه حي له وجود قائم ، وإن كان تابعا في الحس
لغيره ، فإن ولد حيا رجح الاعتبار الثاني ، وإن ولد ميتا رجح الاعتبار الأول ،
فإذا ولد حيا كان ذلك حكما له بالحياة المستقلة المنفردة من وقت وفاة المورث •

وكما يتردد الحمل بين الحياة وغيرها في الاعتبار ، كذلك يتردد بين الذكورة
والأنوثة ، وفي أكثر الأحيان يختلف النصيب باختلاف الذكورة والأنوثة وقد
يكون فرضه ذكرا أحظ له ، وقد يكون فرضه أنثى أوفر له •

والأجل هذا التردد بين الحياة وعدمها ، وبين الذكورة والأنوثة لا يمكن
توزيع التركة توزيعا نهائيا ، قبل الولادة ، بل لا يمكن بحال من الأحوال
قسمتها نهائيا ولو بالسهم قبلها ، ولو انتظر الأمر بالنسبة للتركة كلها إلى
ما بعد الولادة لكان أتم ، لينجلي الأمر ، وتكون القسمة على بينة ، فيأخذ

كل ذي حق حقه أخذا نهائيا ، لا ينقص من بعد ، لتغير الفرائض ، إذ أنها
تصير غير قابلة للتغير •

ولكن قد يوجد ما يوجب أن تقسم الميركة ولو تقسيما ابتدائيا غير نهائيا
قبل الولادة ، ولذلك وضعوا أحكاما لحال التقسيم والاحتياط لمصلحة الحمل
ما أمكن الاحتياط ، وكان ذلك الاحتياط بأن يعطى الورثة الموجودون أقل ما
يستحقه كل واحد على فرض الذكورة والأنوثة ، ويفرض الحمل واحدا ،
ولكن لاحتمال أن يكون أكثر من واحد يؤخذ كفيل من الورثة الذين يتأثر
نصيبهم بالتعدد ، بأن يعطى عند الولادة ما ينقصه التعدد في نصيبه ، إن
تبين أن الحمل أكثر من واحد •

١٩٢ - وليبان هذا الإجمال نفول أن الحمل في ورثته له أربع احوال :
الحال الأولى - ألا يرث مطلقا ، لا على فرض الذكورة ولا على فرض
الأنوثة كالمسألة الآتية :

توفي رجل عن زوجة وأختين شقيقتين وأُم ، وزوجة أب حامل غائبة في هذه
الحال لا يرث على فرض الذكورة ، ولا على فرض الأنوثة ، لأنه إن كان ذكرا ،
فسيكون أخا لأب يأخذ الباقي ، وليس في المسألة باق بعد أصحاب الفروض ،
إذ الزوجة ستأخذ الربع ، والأختان ستأخذان الثلثين ، والأم تستحق
السدس • فيكون أصل المسألة - ١٢ - وتعمل إلى - ١٣ - فلا باقى فيها ،
وإن فرض أن الحمل أنثى فسيكون أخا لأب محجوبة ، لاستحقاق الشقيقتين
الثلثين مع عدم وجود من يعصبهما ، وهذه الصورة في الحقيقة خارجة عن
كلامنا ، ولكن ذكرناها لتتم الفروض العقلية •

الحال الثانية - أن يرث قدرا وحدا على فرض الذكورة والأنوثة ،
وذلك يكون إذا كان الحمل من أولاد الأم ، ومثال ذلك أن يكون الورثة أما حاملا
من غير أبى المتوفى وأختا شقيقة ، وأختا لأب ، غفى هذه الحال يكون الحمل
ولد أم يستحق السدس لا فرق بين أن يكون ذكرا ، فيكون أخا للأم ، وبين أن
يكون أنثى فيكون أختا للأم • وفي هذه الحال يحفظ له السدس ، ويعطى
الورثة أنصبتهم •

الحال الثالثة - أن يرث على أحد الفرضين ، ولا يرث على الفرض الآخر
ومثال ذلك أن يكون الورثة زوجا ، وأختا شقيقة ، وأخوين للأم ، وزوجة

أب حاملا ، غفى هذه الحال ، لو فرض الحمل ذكرا لا يستحق شيئا ، لأنه سيأخذ الباقي ، ولا باقى فى هذه المسألة ، إذ الزوج أخذ النصف والأخت الشقيقة أخذت النصف والأخوان لأم استحقا الثلث ، فيكون أصل المسألة — ٦ — وعالت إلى — ٨ — فلا باقى • وإن فرض الحمل أنثى كان أختا لأب ، فتستحق السدس تكملة للثلثين • إذ كانت أخت شقيقة استحققت النصف ، وعلى ذلك تعول المسألة إلى — ٩ — •

وفى هذه الحال يحفظ للحمل نصيبه على أنه أنثى ، ويعطى أصحاب الفروض فروضهم على ذلك الأساس ، فإن ولد الحمل ، وظهر أنه أنثى أعطى ما حفظ له ، وإن ظهر أنه ذكر رد ما حفظ إلى الورثة ، وكملت لهم أنصبتهم على فرض الذكورة •

واستخراج هذه الحال يقضى أن تحل المسألة حلين : (أحدهما) على فرض الذكورة ، (والآخر) على فرض الأنوثة ، وما يثبت أن يرث فيه يحفظ له نصيب على أساسه ، ويعطى الورثة أنصبتهم على هذا الأساس •

الحال الرابعة — أن يرث بكلا الفرضين ، الذكورة والأنوثة ، ويختلف نصيبه فى أحدهما عن الآخر ، وفى هذه الحال تحل المسألة حلين : حل على فرض الذكورة وآخر على فرض الأنوثة ، ويعطى الورثة الموجودون أبخس الأنصبة فى الحالين ، ويحفظ للحمل أوافر النصيبين مضافا إليه فروق الأنصبة ، ومن يتأثر نصيبه بالتعدد يؤخذ منه كفىل ، ولنضرب لذلك مثلا موضعا هو :

زوجة حامل	بنت	أب ، أم وتركه ١٢٦ ف
على فرض	حمل (ابن)	بنت
الذكورة — زوجة		أب أم
١	الباقى للذكر مثل	١
—		—
٨	حظ الأنثيين	٦
أصل المسألة		
فيمستحق كل	٢٤ — ٣	١٣
منهم من التركة	٢٧	٧٨
	٢٩	٣٦

وعلى فرض الأنوثة زوجة	بنت	بنت	أم	أب
٥	٢	١	١	١
—	—	—	—	—
٨	٣	٦	٦	٦
٣	١٦	٤	٤	٢٧
٢٤	١٢٨	٣٢	٣٢	
	٦٤	٦٤		

فيستحق

وبالموازنة بين النصيبين لكل وارث نجد الأخرس :

للزوجة	٢٤	تعطاه
للبنات	٢٩	تعطاه
وللأب	٣٢	يأخذه
وللأم	٣٢	يأخذه

ويحفظ تحت يد أمين أوغر النصيبين للحمل وهو ٧٨ ، ويحفظ تحت يد الأمين أيضا فرق الأنصبة ، وهو (١١ ف) ويؤخذ كفيل ممن يتأثر نصيبه بالتعدد ، وهو البنات ، لأنه إن تعدد الحمل قل نصيبها بمقدار عدده ، وإن ظهر بعد الولادة إن الحمل ذكر وهو الابن أعطى ما حفظ له ، وكل نصيب الزوجة إلى ٢٧ ، والأم إلى ٢٦ ، والأب ٣٦ .

وإن ظهر أنثى ، كمل نصيب البنات إلى ٦٤ ، وأعطى الحمل ٦٤ ، وبقيت أنصبة الباقيين كما هي .

وإذا ولد الحمل أكثر من واحد ، فإنه يكمل المحفوظ له من نصيب البنات ، وينفذ عقد الكفالة إن امتنعت عن إعادة الحق إلى صاحبه .

ولقد اكتفى في هذه الحال بالكفالة لندرتها ، إذ الغالب الشائع الكثير أن تلد الحامل ولدا واحدا .

١٩٣ — ويشترط ليراث الحمل شرطان : (أحدهما) ما نوهنا عنه أنفا ، وهو ولادته كله حيا ، بأن تستمر له الحياة حتى تتم الولادة ، فإن مات قبل تمامها لا يرث ، كما هو المعمول به ، وإن ذلك شرط عام في كل ولادة ، سواء أكانت بجناية أم غير جنائية ، وهذا على حسب المعمول به ، كما بينا في موضعه من شروط الوراثة عامة .

(ثانيهما) أن يثبت أنه كان في بطن أمه وقت وفاة المورث ، وذلك لأن وجود الوارث عند وفاة المورث شرط لثبوت الإرث ، وقد قلنا إن ولادته حيا تجعل حكم الحياة يثبت من وقت الوفاة ، فلابد أن يكون الحمل ثابتا وقت الوفاة .

وتأكد وجوده في بطن أمه وقت الوفاة يكون بطريقتين ، إحداهما التأكد الحقيقي ، والثانية التأكد الحكمي ، ولكل واحد من الطريقتين حال لا يثبت في غيرها .

فالتأكد الحقيقي يكون بولادته لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوفاة ، وذلك يكون إذا كانت الزوجية قائمة بين الحامل وصاحب الحمل وقت وفاة المورث ، ولا تتصور هذه الحال إلا إذا كان الحمل ليس ولدا صلبا لمتوفى فإن ولادته لأكثر من سبعين ومائتي يوم ، فإن الميراث لا يثبت له ، لأنها غالبا تكون قد حملت به بعد الوفاة ، فلم يكن موجودا وقتها ، فلا يرث شيئا ، لعدم توافر شرط الميراث الأساسي .

ولنضرب لذلك مثلا ، إذا توفي شخص عن زوجته ، وأخت شقيقة ، وأم حامل من غير أبي المتوفى ، والزوجية قائمة بينها وبين زوجها ، فإنه لكي يرث حملها باعتباره من أولاد الأم لابد أن تلد لسبعين ومائتي يوم من وقت الوفاة على الأكثر ، وإلا لا يستحق شيئا .

والتأكد الحكمي أن يثبت نسبه ، وذلك يكون بولادته حيا لخمس وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر ، ويكون هذا التقدير بالنسبة للمعتدات اللائي كانت الوفاة وهن معتدات ، سواء أكانت العدة من فرقة بطلاق بائن أو رجعي ، أم كانت من موت ، وتبتدىء المدة المعلومة من وقت ابتداء العدة ، لا من وقت وفاة المورث ، وهذا بلا شك إذا كانت المعتدة ليست زوجته ، وقد تكون معتدته بأن كانت زوجته عند الحمل فيكون ولده المصبي إن ثبت نسبه فإن المدة في هذه الحال تبتدىء من وقت وفاته هو ، لأن وقت ابتداء العدة ، هو وقت وفاته هو ، إذ أن وفاته هو جعلتها معتدة عدة وفاة ، فيكون لها حكم سائر المعتدات ، وعلى ذلك إذا مات الشخص عن زوجته وهي حامل فإن حملها يرث إن أثبت به لخمس وستين وثلاثمائة يوم من وقت وفاته ، وإن مات عن زوجة ابنه الحامل الذي توفي قبله ، فإن الحمل لا يرث إلا إذا أثبت به لخمس وستين وثلاثمائة يوم من وقت وفاة ابنه .

وإنما اعتبر التأكد الحكمي في هذه الأحوال ، لأن الشارع حكم بثبوت النسب في هذه الأحوال ، ولهذه المدة ، وحكمه بثبوت النسب يقتضى أن يكون في بطن أمه وقت الفرقة أو الموت ، فلو كان لا يحكم بذلك بالنسبة للميراث لأدى ذلك إلى أن يحكم الشارع بوجوده في بطن أمه ، وبعدم وجوده في وقت واحد ، وحال واحدة : فكي تكون الأحكام متناسقة ، اعتبرت تلك المدة المقررة لثبوت النسب هي المقررة لثبوت الميراث : ولأن الميراث فرع ثبوت النسب فحيث ثبت النسب يكون الميراث لا محالة (٩٦) .

١٩٤ - هذا ما اشتمل عليه القانون بالنسبة لميراث الحمل ، وهو يخالف في شروطه المذهب الحنفى الذى كان معمولاً به من وجوه اقتضت المصلحة في نظر واضعى القانون تلك المخالفة ، وقد اعتمدوا فيها على ما جاء في بعض المذاهب ، وعلى ما لولى الأمر من سلطان في تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادث ، وهذه الوجوه هي :

(أ) أن القانون اعتبر الشرط لميراثه ولادته كله حياً ، والمذهب الحنفى كان يكتفى بأن ينزل أكثره من بطن أمه وهو حي ، فلو مات بعد ذلك استحق

(٩٦) اشتملت على أحكام الحمل في القانون المواد ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤ وهذا نصها :
مادة ٤٢ - يوقف للحمل من تركة المتوفى أو من النصبيين على تقدير أنه ذكر أو أنثى .

مادة ٤٣ - إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتدته ، فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حياً لخمس وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة ، ولا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين :

الأولى - أن يولد حياً لخمس وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت والفرقة إن كانت أمه معتدة من موت أو فرقة ، ومات المورث أثناء العدة .

الثانية - أن يولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة .

مادة ٤٤ - إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه يرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة ، وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه ، رد الزائد على من يستحقه من الورثة .

ويرى أنه في هذه المسألة ينص على من يرجع إذا نقص النصيب ، يرجع على الكفيل أم الأصل ؟ وفي الحقيقة أنه لم يأت ذكر للكفالة لمن يتأثر نصيبه بالتعدد ، وهي الحالة التي يتصور فيها النقص ، وما دام لم ينص على الكفالة يعتبر المعمول به مذهب الحنفية الذي ذكرناه .

الميراث عند الحنفية ، وانتقيده بولادته كله حيا مأخوذ من مذاهب الأئمة الثلاثة مالك وأحمد والشافعي ، ووجه ترجيح هذا الرأي على المذهب الحنفي أن ولادته حيا مستقرة ثابتة لا تكون إلا إذا نزل كله حيا .

وتعرف حياته بحركة أو صوت أو عطاس - أو بكاء أو نحو ذلك ، فإن لم يظهر شيء من ذلك كان للقاضي أن يسأل الذين عاينوا من أهل الخبرة من الأطباء لمعرفة حياته بعد ولادته .

(ب) أن الصد الفقهي للتأكد الطبيعي من وجود الولد في بطن أمه هو ستة أشهر في المذهب الحنفي ، ولكن القانون اختار للتأكد الطبيعي ولادته لسبعين ومائتي يوم ، وقد اقتبس هذا من رأي في مذهب الإمام أحمد رضي الله عنه ، ووجه اختيار ذلك الرأي أنه يتفق مع الأغلب الشائع ، فيندر الذين يولدون ويعيشون في مدة دون هذه المدة . والنادر لا تبني عليه أحكام المنع والعطاء ، كما هو مقرر وثابت في أكثر الأحكام ، ولكن يلاحظ أنه سار على اعتبار تسعة الأشهر بالأيام ، لكل شهر ثلاثون يوما . والمذهب الحنبلي اعتبرها تسعة أشهر هلالية ، ولكن يخفف من تلك المخالفة أن الولادة إن كانت في وسط الشهر تعتبر بالأيام في بعض الأقوال ، أي يحسب لكل شهر ثلاثون يوما ، كما هو القانون .

(ج) أن المدة بالنسبة للتأكد الحكمي في المعتدات اعتبرها سنة شمسية والمذهب خان يحسبها بسنتين قمريتين ، والقانون يتفق في الجملة مع رأي محمد بن عبد الحكم من فقهاء المالكية ، فهو قد اعتبر أقصى مدة للحمل سنة ولكنه اعتبرها سنة قمرية . والقانون اعتبرها سنة شمسية ، وغرق ذلك أن القانون ألحق المعتدات من طلاق رجعي بالمعتدات من موت أو طلاق بائن ، وجمعها في حكم واحد ، بينما المذهب الحنفي يشترط بالنسبة للمعتدات من طلاق رجعي التأكد الطبيعي ، ولا يكتفى بالتأكد الحكمي إلا في المعتدات من وفاة أو طلاق بائن أو ما في حكمه .

وإن ذلك يتجه فيه القانون إلى المنطق الذي سارت عليه المحاكم الشرعية منذ سنة ١٩٢٩ بالقانون رقم ٢٥ لهذه السنة ، لأنه اعتبر سماع الدعوى لثبوت النسب للمعتدات من طلاق رجعي كسماع الدعوى لثبوت النسب بالنسبة للمعتدات من طلاق بائن ، فكان من الاتساق القانوني أن يسير قانون الميراث على ذلك المنهج .

١٩٥ - يجب أن نلاحظ هنا أنه بمقدار تلاقي قانون الميراث مع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نجد المفارقة بين هذين القانونين ، وقانون الوصية بالنسبة للمعتدة من طلاق رجعى ، إذ أن قانون الوصية خالفها في مدة حمل المعتدة من طلاق رجعى ، فجعل طريق التأكد بالنسبة لهما هو طريق التأكد الطبيعى ، وهو تسعة أشهر ، كما يستفاد من المادتين ٣٥ ، و ٣٦ - فقد قيد التأكد الحكمى بحال كون الفرقة بطلاق بائن أو بوجاة أو بحال الإقرار بالحمل .

ومن هذا نرى التخالف واضحاً بين قانون الوصية ، وقانون النسب ، وقانون الميراث : فقانون الوصية يخالف القانونين الآخرين ، وذلك تفارق لا يسوغ في قوانين الدولة الواحدة في موضوع واحد ، فحكم بوجوده إن ولد لمدة سنة في قانونين ، ولم يحكم بذلك في قانون ثالث .

ولذلك يجب أن يوحد الأمر في هذه القوانين الثلاثة : إما بجعل المدة تسعة أشهر بالنسبة للطلاق الرجعى في القوانين الثلاثة أو ٣٦٥ يوماً في هذه القوانين ليكون المنطق واحداً ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

٢ - المفقود

١٩٦ - المفقود كما بيناه في صدر كلامنا في الميراث عندما بينا شرح الميراث - هو الغائب الذى لا تعلم حاله ، أهو حي أم ميت ، وقد قررنا أنه يستمر على حكم الحياة بالنسبة لأمواله الثابتة له ، فلا تنتقل إلى ورثته إلا بعد أن يحكم القاضى بموته ، وأنه بالنسبة للأموال التى تثول إليه بالميراث أو الوصية لا يستحق شيئاً منها إلا إذا ثبت وجوده على وجه اليقين ، فإن حكم بموته استند الحكم بالنسبة للمواريث التى كانت تثول إليه إلى وقت غيبته ، ويعتبر ميتاً من وقت الغيبة إلى وقت الحكم بالنسبة للمواريث والوصايا ، وكل ما يدخل في ملكه من مال جديد ، ولذلك وضعه في بيان أحكام المفقود في غير هذا الكتاب .

وعلى هذا نقول أنه إذا مات من يرثه المفقود ، فإنه يوقف نصيب المفقود إلى أن يحكم القاضى بموته ، فإن ظهر حياً استحق ما وقف له ، وإن حكم القاضى بموته رد ما وقف له إلى الورثة الذين يرثون الميت ، لو كان المفقود ميتاً قطعاً في ذلك الوقت .

وأنه لأجل هذا يجب أن تحل مسألة الوراثة التى يكون فيها مفقود
 حلين : أحدهما على فرض حياته ، وثانيهما على فرض موته ، ويعطى الورثة
 أبخس النصيبين ويحفظ له نصيبه على فرض الحياة ، ولنضرب لذلك بعض
 الأمثال :

(أ) إذا توفى شخص عن ابن مفقود ، وأب ، وأم ، وزوجة ، فإنه بفرض
 حياته يستحق الأب السدس ، والأم السدس ، والزوجة الثمن والباقى له .
 وتكون المسألة من ٢٤ للزوجة ثلاثة - وللأم أربعة وللأب مثلاً ، والباقى وقدره
 — ١٣ — يحفظ مقدار ما يقابله للابن المفقود تحت يد أمين ، فإن كانت التركة
 ٢٤٠ ف يحفظ ١٣٠ ف ، ثم يفرض أنه ميت فتستحق الزوجة الربع : والأم
 ثلث الباقى ، والأب الباقى فيكون أصل المسألة — ١٢ — يكون للزوجة ٣ ، وللأم
 ٣ وللأب ٦ ، ويكون مقدار ما تستحقه الزوجة على هذا الفرض ٦٠ ف وما
 تستحقه الأم ٦٠ ف وما يستحقه الأب ١٢٠ ف .

وبمقابلة الأنصبة يعطى الموجودون أبخس النصيبين فى الفرضين فتأخذ
 الزوجة على فرض الحياة ، وهو ثلاثون فدانا ، والأم كذلك ، وهو ٤٠ ف
 والأب مثلاً ٤٠ ف والباقى وقدره ١٣٠ ف يحفظ تحت يد أمين .

(ب) وإذا كان المتوفى قد ترك زوجة ، وبنتا ، وابناً مفقوداً . وأما
 وأباً والتركة ١٤٤ ف ، فإن المسألة أيضاً تحل على فرض حياة المفقود فيكون
 التوزيع هكذا :

زوجة	بنت وابن	أم	أب
١	١	١	١
—	الباقى	—	—
٨	٦	٦	٦

وأصل المسألة ٣٢٤ س = ١٨ ف = ١٣ = ٤٧٨ = ٢٤ ف ٣ س = ٢٤ ف
 ويستحق الابن على هذا ٥٢ ف . وهى ثلثا ٧٨ ف وتستحق البنت ٣٦ ف ،
 وهو الثلث وعلى فرض وفاة المفقود يكون التوزيع هكذا :

زوجة	بنت	أم	أب
١	١	١	١
—	—	—	—
٨	٢	٦	٦

يستحق كل واحد — + الباقى

وأصل المسألة ٣٢٤ = ١٨ فـ ١٢ = ٧٢ فـ ٤ = ٢٤ - ٤ + ١ = (٣٠ ف) •

وعلى هذا تأخذ الزوجة ١٨ فـ والأم ٢٤ فـ ، ولا يتغير نصيبهما ، والأب يأخذ أبخس النصيبين ، وهو ٢٤ فـ ، وأبنت كذلك تأخذ أبخس النصيبين ، وهو ٣٦ فـ ، ويحفظ للمفقود نصيبه على فرض حياته ، وهو ٥٢ فـ فإن ظهر حيا أخذه ، وإن حكم بموته كمل نصيب كل وارث من السابقين ، لكى يأخذ نصيبه على فرض الوفاة (٩٧) •

١٩٧ - واعتبار المفقود غير وارث إن حكم بموته ، وأنسحاب الحكم على الماضى بالنسبة للميراث وغيره ، هو رأى أبى حنيفة ومالك رضى الله عنهما ، وقال الشافعى وأحمد رضى الله عنهما إنه لا يعتبر ميتا إلا بعد وقت الحكم بموته ، لأنه قبل ذلك حى ، له كل أحكام الأحياء ، لأنه فارق أهله حيا ، وما دمتا قد اعتبرناه ميتا من وقت حكم القاضى فقط بالنسبة لأمواله الثابتة له التى تورث عنه ، فلا يعتبر وارثا إلا من يكون وارثا وقت حكم القاضى ، فكذا لا يعتبر ميتا إلا من ذلك الوقت بالنسبة للأموال التى يكتسبها من غيره وقت الفقد بالميراث والوصية والهبة ، ولا يصح أن يفرض شخص واحد حيا وميتا فى وقت واحد ، فيكون حيا بالنسبة لماله الثابت ، ويكون ميتا بالنسبة للمال الذى يكتسبه من غيره •

وحجة المالكية والحنفية أن فرض حياته وقت الفقد هو بقاء الأصل الثابت وذلك يصلح حجة لبقاء الحقوق الثابتة ، ولا يصلح حجة لإدخال ملكية جديدة لم تكن ثابتة ، ونحن ما اعتبرناه ميتا بيقين ، حتى يقال أننا فرضنا للمفقود وضعين متناقضين فى وقت واحد ، بل اعتبرنا حياة المفقود حياة احتمالية قبل الحكم بموته ، وهذه الحياة لا تكفى لإثبات ميراثه من غيره ، ولا لميراث غيره منه ، إذ أن شروط ميراثه من غيره تأكد حياته عند موت المورث ، وحياته غير مؤكدة ، وشرط ميراث غيره منه تأكد وفاته ووفاته غير مؤكدة ، فلا يرث منه غيره فى ذلك الوقت ، فلما جاء حكم القاضى بالوفاة أكد

(٩٧) بينت حكم ميراث المفقود المادة ٤٥ من قانون الميراث ، وهذا نصها : « يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حيا أخذه ، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه ، فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقى من نصيبه بأيدى الورثة .

احتمال الوفاة من وقت الحكم ، وليس ذلك بمقتضى تأكيد الحياة قبل ذلك ، فإذا كان قد استوفى شرط توريثه لغيره من وقت الحكم ، فشرط وراثته من غيره ثابت قبله (٩٨) .

١٩٨ — ويلاحظ أن هذا كله إذا لم يعلم تاريخ وفاته بدليل شرعى من بيينة ، أو ورقة رسمية تثبت وفاته وتاريخها ، ولو بعد الحكم بالموت فإنه في هذه الحال يكون ذلك الدليل هو المرجع الذى يرجع إليه ، فإن أثبت أن الوفاة كانت قبل وفاة المورث الذى وقف ميراثه فيه ، حتى يقضى القاضى تقررت الأمور على ذلك ، وإن كانت وفاته بعد وفاة ذلك المورث استحق ميراثه لأنه ثبتت حياته بيقين بعد وفاة المورث ، وبذلك يتحقق شرط الميراث بإجماع الفقهاء ، وهذا كله إن لم يكن قد صدر حكم .

فإن كان قد صدر حكم بالوفاة ثم ظهر هذا الدليل اندال على وفاته في ميقات معلوم ثابت ، فإنه يتضمن الدليل على حياته قبل ذلك التاريخ ، وبذلك يسير الأمر على مقتضاه ، فيرث إن كان يثبت وقت وفاة مورثه ، ولا يستحق من وراثته إلا من يكونون موجودين عند وفاته الثابتة بدليل لاشبهة فيه ، لأنه بهذا الدليل خرج عن أن يكون مفقوداً ، إذا علمت حياته ووفاته بيقين وصار غير مجهول الحياة والوفاة .

(٩٨) قد بينا شرط ميراث المفقود من غيره في شروط الميراث إجمالاً ، والأصل الذى بنى عليه الخلاف بين الفقهاء ، فارجع إليه .
والقولان المذكوران هنا وهناك هما المشهوران ، وهناك رايان آخران في طريقة توريث المفقود جاء في شرح الشنشورى للرحبية :
(أحدهما) أن يفرض المفقود ميتاً ، ويعطى الورثة الأحياء قطعاً الأنصبة على فرض وفاته فإن تبين أنه حى ، أعيدت القسمة من جديد على أساس حياته في المال الموجود بأيديهم لأن استحقاق الحاضرين ثابت بيقين ، واستحقاق المفقود احتمال ، ولا يمنع الحق الثابت لأمر محتمل .
(وثانيهما) أنه يقسم الميراث على أساس حياته فقط من غير تقدير وفاته ، فإن ظهر خلافه بأن حكم ببوته وزعنا على أساس أنه كان ميتاً وقت وفاة المورث .
والحق أن الراى الثانى قريب مما عليه الجمهور ، لأن الجمهور يحلون على أنه حى ثم على أنه ميت ، ويحفظون نصيبه على فرض الحياة وغيره بأخذ أبخس الفرضين ، والغالب الكثير أن أبخس الفرضين يكون على فرض الحياة إلا إذا كان المفقود يعصب غيره .

وإن كان الدليل يثبت وفاته بعد الحكم بوفاته ، أى أن التاريخ الثابت للوفاة الذى قام عليه الدليل يدل على أنه كان حيا وقت الحكم بوفاته ، وأن وفاته جاءت لاحقة للحكم يكون الأمر فيه كما لو ظهر حيا بعد الحكم بوفاته ، وعلى ذلك يأخذ ورثته وقت وفاته ما يكون قائما من ماله ، لأنهم قائمون مقامه فى ماله الذى كان ثابتا له قبل الغياب ، أو اكتسبه بعد الغياب بقيام الدليل على الحياة .

١٩٩ — وأنه من المقرر أنه إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بوفاته ، فما يكون له من مال ، سواء أكان ثابتا له قبل الغياب ، أم كان يمكن أن يكتسبه بعد الغياب ، أو بعبارة أدق اكتسبه بحكم الشرع فإنه يأخذه ، إن كان قائما فى ملك الورثة لأن الملكية فيه ثابتة ، وقد ظهر أن زوالها لم يكن مبنيا على أساس صحيح ، إذ بنى على أساس الوفاة ، وقد ظهر نقيضها ، أما إذا كان قد استهلك فإنه لا يطالب بقيمته لأن المطالبة بالقيمة أساسها ضمانهم لهذه الأعيان ، والضمان يكون بأحد أمرين إما بالعقد كضمان المرتهن للعين المرهونة ، وإما بالتعدي ، ولا عقد أوجب الضمان ، ولا تعدي — إذ أن أيديهم كانت يدا شرعية استولت بحكم شرعى محترم ، وإذ لم يوجد سبب للضمان ، فإنه لا يسوغ له أن يضمنهم القيمة ، وكذلك الحكم إذا كان المال قد خرج من ملكهم بسبب مشروع ، لأنه لا سبيل إلى تضمين المشتري ، ولا الأخذ جبرا عنه لأنه ملك بسبب شرعى ، ومن يد عادلة متصرفة ، تسوغ منها كل التصرفات الشرعية ، كما أنه لا سبيل إلى تضمين الورثة ، للسبب الذى ذكرناه آنفا ، هذا ويستوى فى ذلك الحكم الورثة الذين ورثوا مال مورثه الذى كان يرثه ، إذا ثبتت حياته وقت موته ، والورثة الذين يرثونه على أساس وفاته ، وتبين أنه حى يرزق ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

٢٠٠ — وأنه عند الكلام فى المفقود يتكلمون فى الأسير ، والأسير له حالان (إحداهما) أن يكون مجهول الحياة فلا يدري أهو حى أم ميت ، ولم يعلم مقامه ، وهذا يكون مفقودا ، له كل أحكام المفقود فيورث عند الحكم بموته ولا يرث غيره إن مات حال فقده .

(الثانية) أن يكون معلوم الحياة ، فإن كان لم يسترق ، فإنه يرث إجماعا ، لأنه صالح للامتلاك ، وإن استرق ورث عند جمهور الفقهاء ، وحفظ له ماله حتى يعود إلى دار الإسلام ، أو يموت ، فيكون لورثته ، وذلك لأنه فى حكم الإسلام حر ، فلا نعترف بالرق الذى وضعه أهل دار الحرب عليه ، والله ولى المؤمنين .

٣ - الخنثى

٢٠١ - الخنثى آدمى تظهر فيه علامات تدل على الأنوثة ، وعلامات أخرى تدل على الذكورة ، ومن كان كذلك يكون له في الغالب فرج وذكر إذ هو الذى يعلن الذكورة ، أو يعلن الأنوثة ، فإن وجدا فقد تعارضت الأمارتان •

وإذا ولد إنسان على ذلك النحو تحرى أهل الخبرة حاله ، فإن تبين أن إحدى العلامتين أغلب وأبين وأقوى تأثيرا حكم بمقتضاها ، فيكون ذكرا إن غلبت عليه علامة الذكورة ، ويكون أنثى إن غلبت عليه علامات الأنوثة ، وإن استعين في ذلك بجراحة يقوم بها الخبير لتبين حاله كان ذلك سائغا ، فإن حكمة الله سبحانه وتعالى تقضى ألا يكون في إنسان وصفان متناقضان ، فمن قام بجراحة لتبين الحال فليكشف عن خلق الله (٩٩) •

وربما لا تستبين الحال وهو غلام فينتظر إلى الكبر ، حيث تظهر الأنوثة الكاملة أو الذكورة الكاملة ، فيتعرف أى العلامات أغلب ، فيحكم بمقتضاها ، فإن لم يعلم بعد البلوغ ، وعجز الطب عن أن يكشف عن الصفات الكامنة في ذلك المخلوق ، فإن حاله تكون مشكلة ، ويسمى خنثى مشكلا ، ونستبعد كل الاستبعاد أن يعجز الطبيب الصحيح العارف عن معرفة حاله معرفة مقربة ، وإن لم تكن معينة •

ويظهر من كلام الفقهاء أن الحكم بأن الخنثى مشكل لا يستقيم إلا بعد بلوغه ، لأن التباس الحال قبل البلوغ ، وحاله المرتقبة بعد البلوغ أكثر

(٩٩) اخترنا ذلك المسلك وهو استشارة أهل الخبرة ، لأن الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافا كبيرا ، فأبو حنيفة قرر أنه تعرف إحدى الصفتين بسبق البول ، فإن سبق بوله من الذكر بوله من الفرج ، فهو ذكر ، وإن كان العكس ، فهو أنثى ، وقال صاحبان ينظر إلى الأكثر بولا ، وقد رد قولهما أبو حنيفة قائلا : « هل رأيت قاضيا يزن البول بالأوتى » وأن هذا الخلاف ليس مبنيا على نص صريح إنما هو تجربة واختبار ، ولذا وجد من فقهاء الحنفية من قرر أن العبرة بقوة الأمارة ، ونحن قد اخترنا هذا ، لأنه الأسلم والأهدى سبيلا ، وخصوصا بعد تقدم الجراحة ، وليس المقصود إلا الكشف عن أى الأمرين أقوى في حياته ، ليعلم الوصف الذى خلقه الله عليه ، فالإنسان إما أن يكون ذكرا وإما أن يكون أنثى ، قال تعالى : « يهب لمن يشاء إناثا ، ويهب لمن يشاء الذكور • أو يزوجهم ذكرا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما » ولم يذكر تعالت حكمته أنه يجعل من يشاء خنثى •

بيانا وكشفا ، فالحكم بالإشكال قبله مسارعة إلى الإشكال قبل آوانه ، ولذا إذا لم تتبين حاله قبل البلوغ لا يعطى ميراث الخنثى المشكل ، بل يتوقف حتى يبلغ فيزول الإشكال ، فيأخذ نصيب ذكر أو نصيب أنثى ، أو يقرر الإشكال فيرث ميراث المشكل .

وإذا مات قبل البلوغ ، فإنه يكون مشكلا ، إذ تقرر الإشكال بالموت .

٢٠٢ - وإن ميراث الخنثى هو عكس ما يحفظ للحمل ، وهو ما زان مستكنا في بطن أمه ، فإننا قد قررنا أن الحمل يفرض ذكرا ويفرض أنثى ، ويحفظ له أحظ النصيبين ، أما الخنثى ، فإنه تطأ المسألة فيه على حطين : أحدهما على فرض الذكورة ، والآخر على فرض الأنوثة ، ويأخذ أحس النصيبين ، فإن كان الأحس هو فرض الذكورة استحقه ، وإن كان الأحس هو الآخر استحقه ، وذلك لأن الوصف الذي يستحق بمقتضاه يجب أن يعلم بيقين ، لأن الأخذ به سيؤثر في نصيب غيره الثابتة حاله قطعا من غير شك ، ولا ينقص شيء من حق الغير ، إلا بسبب قوى يظهر ظهور السبب الموجب لذلك الحق ، وإذا لم يظهر ذلك السبب بقى الحق الذي ثبت سببه كاملا من غير معارض ، وبتطبيق هذه القضية على الخنثى المشكل يكون الواجب إعطائه أحس النصيبين ولو أعطياه أحظهما كان انتقاصا من الآخرين بغير سبب يكون في قوة أسبابهم ، ولنضرب الأمثال الموضحة لطريقة حل المسائل المشتملة على خنثى مشكل .

(أ) إذا توفي شخص عن زوجة ، وأم وأخوين لأم ، وأخت شقيقة ، وخنثى مشكل هو ولد للآب ، فحلها : نفرض أولا أنه أنثى فيكون للزوجة الربع وللأم السدس ، وللأخوين للآم الثلث وللأخت الشقيقة النصف ، وللخنثى الذي فرض أختا لآب السدس تكملة للثلثين ، ويكون أصل المسألة - ١٢ - للزوجة - ٣ - وللأم - ٢ - ولولدى الأم - ٤ - وللأخت الشقيقة - ٦ - وللأخت لآب « الخنثى » - ٢ - وعلى فرض الذكورة تكون المسألة كما هي ، ولا يأخذ الخنثى شيئا ، لأنه سيكون آخا لآب يأخذ الباقي ، ولا باقى ، إذ أن المسألة قد عالت إلى ١٥ ، فتعتبر له هذه الحال .

(ب) وإذا توفيت عن زوج ، وولد خنثى وآب وأم ، فإنه على فرض الذكورة يستحق الزوج الربع ، والآب السدس والباقي للابن (الخنثى) وتكون المسألة من ١٢ ، ويكون للزوج ٣ ، وللأم ٢ ، وللآب ٢ ، والباقي وقدره - ٥ - يكون للابن ، وعلى فرض الأنوثة يكون للورثة ما ذكرنا ويكون للبنت (الخنثى)

النصف أى يكون لها ستة أسهم ، وتعود المسألة إلى ١٣ فتستحق — وهذا الرقم
١٣

أكبر من — ، على ما هو معروف في طرق الموازنة بين الكسور عند الحسابيين ،
١٢

ويتبين إذا كان ثمة تركة ، فإنه إن كانت التركة ١٥٦ فت فإن — = ٧٣ فت
١٣

و — = ٦٥ فت والأول أكبر ، وعلى ذلك يأخذ نصيب ذكر ، لأنه أخس
١٢
النصيبين .

(ج) وإذا توفي شخص عن زوجة وابنين ، وبنت وولد خنثى ، فإنه
يكون للزوجة الثمن ، والباقي للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، وفي هذه
الحال سيكون بلا شك أخس النصيبين نصيب أنثى فتأخذ .

٢٠٣ — هذا ما جاء به القانون (١٠٠) في ميراث الخنثى المشكل ، وهو
مذهب الحنفية باتفاق أئمة المذهب ، والشافعي في قول له ، وهناك مذهبان
آخران هما :

أولهما — أن الخنثى يرث متوسط النصيبين فتحل المسألة حلين ، ويجمع
النصيب في الحلين ويقسم على اثنين ، فيكون نصيب الخنثى ، وكذلك الحكم
في كل من يتغير نصيبه باختلاف الحلين ، أما من لا يتغير نصيبه ، فإنه يستمر
على حكم واحد ، وهذا رأى مالك وقول لأبى يوسف ، قيل إنه الأخير .

والثاني — وهو رأى الإمام أحمد أنه إن كان يرجى كشف حاله بعد زمن ،
فإنه يعطى الورثة الأقل من النصيبين ، كما يعطى الخنثى الأقل ، ويوقف الباقي

(١٠٠) ذكر القانون ميراث الخنثى في المادة ٤٦ ، وهذا نصها : « للخنثى
المشكل ، وهو الذى لا يعرف أنكر هو أم أنثى أقل النصيبين ، وما بقى من التركة
يعطى لباقي الورثة » .

إلى أن تتكشف حاله ، كما هو المذهب الشافعي ، وإن لم يكن يرجى كشف حاله فإنه يكون التوزيع كالمذهب المالكي •

ونرى أن أعدل الآراء هو رأى الحنفية ، ولكن لا يكون إلا بعد اليأس التام من تعرف حاله . واستقرار الأمر على إشكاله ، والله سبحانه وتعالى العليم بخلقهم •

٤ — ميراث ولد الزنى وولد اللعان

٢٠٤ — هذه حال من الأحوال المترددة ، فإن فيها ولدا ثبتت صلته بأمه وانتفت صلته النسبية بمن كان منه الحمل ظاهرا ، فولد الزنى ثابت النسب من أمه غير ثابت النسب ممن كان السبب فيه ، ولو كان معروفا ، ومقرا بأن الحمل منه ، لأن ثبوت النسب نعمة ، والنعمة لا يكون سببها جريمة من الجرائم •

وولد اللعان قد نفى نسبه من ولد على فراشه ، ووثق النفي بحلفه أربع مرات أنه صادق فيما رمى امرأته به من نفي المولد ، والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ، فكان ذلك النفي الموثق سببا في الفرقة بين الزوجين ونفى المولد على ما هو مقرر في أحكام اللعان (١٠١) •

وإذا انتفى النسب فقد زال سبب الميراث ، فلا يرث أباه ، ولا يرثه أبوه ولكن صلته بأمه ثابتة لا مجال للشك فيها ، لذلك يثبت نسبه منها ، ويثبت التوارث بينه وبينها ، باتفاق الفقهاء بالنسبة لولد اللعان ، وعلى قول الجمهور بالنسبة لولد الزنى ، فإن الشيعة الإمامية لا يثبتون له ميراثا ، لا من قبل صاحب الحمل ، ولا من قبل أمه ، لأن الولد ثمرة الزنى ، فهو ثمرة الجريمة

(١٠١) المقرر في الشريعة الإسلامية أن من يرمى محصنة بالزنا يجلد ثمانين جلدة ، إلا إذا رمى زوجته بالزنى أو بنفى نسب الولد ، فإنه لا يجلد إذا لاعن ، بأن يشهد بالله أربع مرات أنه صادق فيما رماها به من الزنى ، والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين . وتشهد هي أربع مرات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين ، فإن امتنعت عوقبت بعقوبة الزنى في الشريعة ، وإذا تم اللعان على ذلك الوجه فرق بينهما ، وكانت حراما عليه إلا أن يكذب نفسه ، فيجلد ثمانين جلدة ويثبت النسب ، وفي حال نفى النسب لا توارث بينهما لعدم وجود سبب الميراث •

من جانبها ، كما هو ثمرة الجريمة من جانبه ، والميراث نعمة ، إذ هو مال يسوقه الله سبحانه وتعالى للوارث من غير كسب ولا مجهود ، ولا يصح أن تكون الجريمة سببا للنعمة ، فهم لم يفرقوا في ولد الزنى بين قرابة صاحب الحمل ، وقرابة الأم ، أما بالنسبة لولد اللعان فقد فرقوا بين صاحب الحمل وقرابته ، والأم وقرابتها ، فورثوا أمه وقرابتها ، ولم يورثوا صاحب الحمل وقرابته ، كجمهور الفقهاء •

أما جمهور الفقهاء فلم يفرقوا بين ولد اللعان ، وولد الزنى ، من حيث إثبات التوريث للأم وقرابتها ، ولم يثبتوه لصاحب الحمل أو الفرائس وقرابته •

وعلى ذلك إذا مات صاحب الحمل لا يرثه . ولا يرث أحدا من عصبته أو ذى القرابة منه ، وإذا مات ألولد عن مال لا يرثه صاحب الحمل ، ولا صاحب الفرائس لعدم ثبوت النسب ، على ما هو مقرر ثابت •

٢٠٥ - ويلاحظ أنه يرث كل قرابة الأم ، سواء كانوا أصحاب فروض أم كانوا ذوى أرحام ، ويرثه ذوى الفروض وذوو الأرحام من قرابة أمه ، كل في طبقته من التوريث ، فهو يرث أخاه لأمه ، ويرثه أخوه لأمه ، وترثه جدته أم أمه وترثه أمه ، وهذا كله ميراث بالفرض وقد يرث أمه بالتعصيب إذا كان ذكرا ، أو كان هناك ذكر وأنثى ، فإنه تكون عصبه ، وقد يرث باعتباره من ذوى الأرحام . إذا لم يكن أحد من أصحاب الفروض أو العصبه . وقد يرثه ذوو الأرحام إذا لم يكن له أصحاب فروض ، ولا يتصور أن يكون له عصبه على مقتضى رأى جمهور الفقهاء •

هذا وقد جاء في قانون الميراث أنه يجب عند توريث ولد الزنى واللعان مراعاة مدة ٣٦٥ يوما المحدودة في الحمل ومراعاة هذه المدة توجب أمرين :

(أحدهما) أنها إذا كانت حاملا بالزنى أو نفى نسب حملها بملاعنه ، فإنه لكي يثبت حقه في ميراث من يموت وهو حمل أن يثبت أنه كان في بطن أمه وقت موته ، بولادته لخمس وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ انفرده باللعان ، وابتداء الاستبراء من الزنى ، لأنه إن ولد بعد ذلك لا تكون حاملا به ومتوخاة المتوفى •

(ثانيهما) أنه إذا ولد الحمل لأكثر من المدد السابقة لا يثبت نسبه من المطلق أو المتوفى إذا كان ثمة فراش زوجية ، ولم يثبت زنى ، ولا لعان ، وفي هذه الحال لا يرث ولد المعتدة من صاحب العدة لولادته لأكثر من خمسة وستين يوما وثلاثمائة ، ويكون حكمه كولد الزنى أو اللعان ، فيرث أمه ، وقرباتها ، وترثه هي وقرباتها ، إلا إذا ثبت بإقرار المعتد به شرعا ، فإن المقر يكون أباه ، ويرث منه بهذا النسب .

٢٠٦ - هذا ما جاء بالقانون شرحناه ، وهو يتفق مع قول الجمهور ، ويجدر بنا أن نبين أن هناك أقوالا أخرى بالنسبة لولد اللعان ، وولد المزنى .
فبالنسبة لولد اللعان قال بعض الفقهاء أنه لما كان لا يرثه أبوه ولا قرباته ، بل الذى يرثه أمه وقرباتها ، فعصبة أمه يكونون عصبة له ، لى تكون له عاقلة تعقل عنه إذا جنى ، وترثه إذا مات ، وهم عصبة ، وحيث لا عصبة له من قبل أبيه ، فعصبته هم عصبة أمه .

وقال بعضهم إن الأم تكون عصبة ، ثم بعدها يكون عصبتها من الذكور ، وذلك لأن صلته بها لا تكون أقل من صلة العبد بمن يعتقه ، والإعتاق قد جعله الشارع عصبة إن لم يكن عصبه ، والأنثى تكون عصبة أو فى حكم العصبية لمن تعتقه ، فكذا هنا .

هذا وقد قال بعض الفقهاء إنه إذا ولدت الملاعنة توعمين ، يكونان أخوين شقيقين ، لأن النسب إن كان قد انتفى عن الأب فالنفس مقصور عليه ، فلا يلتحقان به ، ولكن فيما بينهما العلاقة ثابتة ، إذ أن الولادة على الفراش تجعل الولد ينتسب لا محالة إلى صاحب الفراش ، أما إذا نفاه باللعان فلا يلحق به ، ولكن لا ينتفى فى ذاته ، أو على الأقل لا يمتد النفس إلى غيره بخلاف ولد الزنى إذا جاء من بعده توعم له ، فإن الأخوة للأب لا تثبت بينهما ، لأن النسب غير ثابت من أول الأمر ، لعدم وجود سببه ، وهو الفراش من زوجية صحيحة .

والمذهب الحنفى أن التوعمين فى اللعان كالتوعمين فى الزنى لا تتعقد بينهما علاقة من جهة أبيهما ، لأنه حيث نفى نسب الأب فقد صارت العلاقة بينهما من ناحيته غير موجودة ، فلا تثبت علاقة بينهما بسببه ، بل تستمر العلاقة هى علاقة الأم ، فيكونان أخوين لأم .

هذا بالنسبة لولد اللعان والأقوال المختلفة فيه .

أما ولد الزنى ، فالمقرر أنه لا يثبت نسبه ولو أقر بأنه ابنه ما دام يصرح بأنه من الزنى ، فنسبه لا يثبت من تلقاء نفسه ، ولا يثبت بالإلحاق . هذا نظر جمهور الفقهاء ، ولكن اختار ابن تيمية ، قول إسحاق بن راهويه أن التوريث لولد الزنى بين الزانى وبينه إذا ألحقه به ، ولو صرح عند الإلحاق بأنه كان من الزنى ، ولكن يشترط لصحة ذلك الإلحاق أن تكون أمه عند الحمل ليست معتدة ولا زوجة ، لأن النسب بحكم الشرع يكون لصاحب الفراش ، فلا يكون مجهول النسب ، وشرط الإلحاق أن يكون الملحق مجهول النسب .

وأساس هذا الرأي هو منع ضياع الولد . واتباع الحقيقة في ذاتها ، وقصر حويث « الولد للفراش وللعاهر الحجر » من حيث دلالاته على منع ثبوت النسب بالزنى ، على حال التعارض بين الفراش والزنى ، ولا شك أن الأول أقوى سنداً ودليلاً ، فلا يلتفت إلى الثانى بجواره (١٠٢) .

التخارج

٢٠٧ - قلنا عند بيان طريقة استخراج سهام كل تركة وتقسيمها ، أن التركة تقسم على أصل المسألة أو تصحيحه ، إن كانت المسألة عائلة ، أو فيها رد على بعض أصحاب الفروض ، ويعطى كل وارث ما يقابل سهامه من التركة ، وإن كانت المسألة فيها عول ، أو فيها رد على كل أصحاب الفروض فيها ، فإنها تقسم على عدد السهام ، لا على أصل المسألة ، ويعطى كل وارث ما يقابل سهامه ، وهذا يسير في كل المسائل إلا إذا تخرج أحد الورثة على شيء معين من التركة ، أو مقدار من نقدها ، أو مقدار من المال يعطيه الورثة مجتمعين ، أو يعطيه بعضهم ، فإن التركة يكون لهذه نظام آخر غير النظام الذى بيناه سابقاً ، وقبل بيانه نعرف معنى التخرج .

التخرج - هو أن يتصلح بعض الورثة على قدر معلوم في نظير أن يترك حصته فيها ، سواء أكان المتصلح مع الورثة مجتمعين أم مع بعضهم ، على أن يحل البعض الذى أعطاه قدرًا معينًا من المال محله في حصته ،

(١٠٢) بينت ميراث ولد الزنى واللعان المادة ٤٧ وهذا نصها :
« مع مراعاة المدة المبينة بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٣ يرث ولد الزنى وولد اللعان من الأم وقرباتها ، وترثها الأم وقرباتها » .

وتصالح الزوجة على النقود والأنسهم ، ففي هذه المسألة تستخرج الحصص
بالسهم في التركة — أولا — فتأخذ الزوجة الربع ، والأم السدس ، والأخوان
الثلث ، والأخت الشقيقة النصف ، والأخت لأب السدس : والمسألة أصلها — ١٢ —
للزوجة — ٣ — والأم — ٢ — ولأخوين لأم — ٤ — والأخت الشقيقة — ٨ —
والأخت لأب — ٢ — فتعول المسألة إلى — ١٧ — تسقط حصة الزوجة بأنسهم
في نظير ما تخارجت عليه ، والباقي من التركة يقسم على الباقي من السهم ،
وقدره — ١٤ — وكل يأخذ ما يقابل حصته من هذه السهم .

(ج) وإذا توفي شخص عن بنت وبنت ابن . وأم ، وترك تركة قدرها
أربعون فدانا ، وألفا جنيه ، وقد تخارجت الأم على النقود .

فتحل المسألة بالسهم أولا ، فتستحق البنت النصف . وبنت الابن السدس ،
والأم السدس ، ويكون أصل المسألة — ٦ — تأخذ البنت — ٣ — وبنت الابن
— ١ — والأم — ٥ — وعلى ذلك ترد المسألة إلى — ٥ — وتسقط سهم الأم في
نظير ما تخارجت عليه ، ويقسم الباقي من التركة على الباقي من السهم ،
فيقسم ٤٠ ف على — ٤ — تستحق البنت منها ٣٠ ف . وبنت الابن ١٠ ف .

(د) وإذا مات شخص عن زوجة ، وبنت ، وبنت ابن . وأم ، وترك تركة
قدرها ١٣٢ ف ومائة سهم في إحدى الشركات ، وتخارجت الأم على أسهم
الشركة .

فإن المسألة تحل أولا باستخراج حصة كل وارث بالسهم ، فالزوجة يكون
لها الثمن ، والبنت لها النصف ، وبنت الابن لها السدس ، والأم لها
السدس ، ويكون المسألة فيها رد ، فيجعل أصل المسألة مخرج نصيب الزوجة ،
أي مقام الكبير الذي يدل على نصيب الزوجة فيكون أصل المسألة — ٨ — ويكون

للزوجة — ١ — والباقي وهو — ٧ — يقسم بنسبة ، — ، — ، — أي يقسم
٦ ٦ ٦

على ٥ ، و ٧ لا تقبل القسمة على — ٥ — فيصبح أصل المسألة بضربه في — ٥ —
فيكون الأصل المصحح — ٤٠ — للزوجة فيه — ٥ — والبنت — ٢١ — وبنت
الابن — ٧ — ولأم — ٧ — .

وتسقط سهام الأم نظير ما تخارجت عليه ، وهو أسهم الشركة ، ويفسد الباقي من الشركة على الباقي من السهام ، فيخص كل سهم - ٤ - ويكون للزوجة ٢٠ ف وللبنت ٨٤ ف ، ولبنت الابن ٢٨ ف .

٢٠٩ - هذه هي الحال الأولى من أحوال تخارج الوارث من بقية الورثة مجتمعين وهي تكون إذا كان المتخارج عليه شيئاً معيناً من التركة ، وقد ضربنا الأمثال الموضحة ، وهذه الصورة أكثر الصور ذبوعاً على أقوال الفقهاء والمفتين - ويلاحظ أن المتخارج في هذه الحال هو قسمة غير كاملة .

والحال الثانية أن يتخارج الورثة مع الوارث بمال خارج عن التركة ، وفي هذه الحال ، إما أن ينصوا على أن كلا قد دفع ما يقابل حصته ، وإما أن ينصوا على تقدير آخر غير ذلك ، وإما ألا ينصوا على شيء .

(أ) فإن نصوا على أن كلا قد دفع ما يقابل حصته ، تحل المسألة كالصورة السابقة تماماً ، بأن تستخرج السهام التي تكشف عن حصة كل وارث وتسقط حصة الوارث المتخارج في نظير ما تخارج عليه ، وتقسم التركة على الباقي من السهام ، ويأخذ كل وارث ما يقابل حصته ، لأن كل وارث تحمل من الغرم بمقدار حصته ، لتسلم له حصته بعد ذلك من التركة خالصه من حق هذا المتخارج فيها ، ولا طريق لتحقيق ذلك ، إلا بأن تقسم التركة على بقية السهام .

(ب) وإن اتفقوا على طريق آخر في الدفع بأن دفع كل وارث مقداره أكثر أو أقل مما يقابل حصته ، فإنه في هذه الحال ، تحل المسألة ، وتستخرج السهام ويبين ملخص سهام الوارث المتخارج من التركة ، ثم تقسم تلك الحصة على الورثة بما اتفقوا عليه ، فيأخذ كل واحد من حصة المتخارج بمقدار ما دفع ، لا بمقدار ما يعادل حصته في التركة ، لأن الدفع للمتخارج لم يكن على أساس ما خص كل حصة ، بل كان على مقدار القدرة المالية لكل وارث في الدفع ، والغرم بالغنم .

(ج) وإذا دفعوا له مجتمعين ، ولم ينص على أن الدفع كان بمقدار حصة كل من التركة أو بمقدار آخر ، فإنهم جميعاً يكونون شركاء في الدفع في مقابل أن يسلم لهم نصيبه ، فقد اشترى نصيبه بمالههم المجتمع ، ولم ينصوا

على تفاوت في الحصص ، فيكونون جميعاً شركاء بالتساوى في الحصة المبيعة من التركة ، وهي ما يستحق فيها •

والحل في هذه الحال أن تستخرج السهام ، وتقسم التركة على كل انسهام لا على بعضها ، وما قابل سهام الوارث المتخارج يقسم بينهم بالتساوى • لأنهم شركاء فيه إذ اشتروه ، وما داموا لم يبينوا حصة كل واحد في الشركة ، فيكون الأصل هو التساوى ، إذ كل شركة الأصل فيها هو التساوى •

وهذا الحكم هو المقرر في المذهب الحنفى ، وهو الذى جاء به قانون الميراث •

• ٢١ - التخرج مع بعض الورثة : ما تقدم كله كان التخرج فيه مع الورثة مجتمعين ، وهو في بعض صورته قسمة للتركة غير كاملة ، إذا كان المتخرج عليه منها ، وفي الصورة الأخرى بيع من المتخرج لحصته للورثة •

أما التخرج في هذا القسم ، وهو التخرج مع بعض الورثة ، فإنه في حكم بيع الوارث حصته من التركة لبعض الورثة دائماً ، وفي هذه الحال يحل المشتري لهذا النصيب محل الوارث في نصيبه ، فيأخذ المشتري حصته بصفته وارثاً ، ثم يأخذ حصة المتخرج (١٠٣) باعتباره قد اشترى هذه الحصة •

وحل المسألة في هذه الحال أن يعطى كل صاحب فرض وعاصب أو غيره حصته بما فيهم الوارث المتخرج ، وتبين سهام كل وارث من غير استثناء أحد قط ، وتقسم التركة على كل السهام بما فيها سهام الوارث المتخرج ، ولكن ما خص سهامه لا يتول إليه ، بل يأخذ الوارث الذى دفع من ماله يدل المتخرج ، لأنه اشترى تلك الحصة من التركة بما دفعه من بدل لها •

• ٢١١ - هذا شرح ما جاء في قانون الميراث خاصاً بالتخرج في التركات

(١٠٣) بينت التخرج وأقسامه المادة ٨٨ وهذا نصها :
التخرج هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم ، فإذا تخرج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة ، وإذا تخرج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبتهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالهم ، ولم ينص في عقد التخرج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية بينهم •

والحكم فيه عام في ظاهر لفظه ، فليس خاصا بتركة خاصة ، ولا بنوع من المال دون نوع ، فيشمل التركات المعلومة على وجه اليقين ، والتركة التي لم تصف ، ونم يعلم مقدارها على التعيين ، ويشمل التركات المدينة والتركات غير المدينة كما يشمل التركات التي يكون بعضها ديونا لدى الغير ، والتركات التي ليس فيها ديون قبل أحد •

والتعميم بهذا الوضع يتفق مع الأحكام التي اشتمل عليها القانون المدني فقد سوغ بيع وارث لاستحقاقه في التركة من غير معرفة مقدار التركة ، ولا نوعها ، ولو كان بعضها ديونا قبل بعض الناس ، وليس آثاره الذي باع حقه ضامنا إلا لكونه وارثا ، فعليه فقط إثبات هذه الصفة ، إذا كانت التركة فيها ديون حل المشتري محله فيها ، وأصبح له حق المطالبة بمقدار نصيب ذلك الوارث الذي اشترى حصته ، وقد نصت على ذلك الحكم المواد ٤٧٣ ، ٤٧٤ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، وهذا نص هذه المواد :

مادة ٤٧٣ — من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا إثبات وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك •

مادة ٤٧٤ — إذا بيعت تركة لا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة ، فإذا نص القانون على اجراءات لنقل حق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضا أن تستوفى هذه الاجراءات •

مادة ٤٧٥ — إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه وجب أن يرد للمشتري ما استوفى عليه ما لم يكن عقد البيع قد اشترط صراحة عدم الرد •

مادة ٤٧٦ — يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك •

٢١٢ — هذه هي مواد القانون المدني المشتملة على بيان بيع حق الإرث ويدخل في عمومته المتخارج بكل صوره ، إذا كان بدل التخارج ليس جزءاً معيناً من التركة ، لأن هذه المواد تبين أحكام بيع حق الإرث من غير نظر إلى أن يكون المشتري أجنبياً ، أو يكون المشتري وارثاً •

وواضح من هذا أن المتخارج الذي يأخذ حكم البيع على هذا النحو إذا كان في التركة عقار لا تنتقل الملكية فيه إلا بعد شهر العقد بالتسجيل •

أما إذا كان المتخارج على جزء معين من التركة يختص به المتخارج في نظير سهامه ، وهى التى ضربنا عليها الأمثال فى صدر كلامنا فى المتخارج فإن ذلك النوع من المتخارج لا يعد بيعا لحق الإرث حالا ، بل هو قسمه ، وغرز لنصيب الوارث المتخارج قد ارتضاه حصه له ، وإن كان لا يخلو من معنى المبادلة ككل قسمة للقيميات ، وعلى ذلك تجرى على هذا النوع من المتخارج أحكام القسمة لا أحكام البيع ، كما هو الظاهر الذى يتفق مع منطق الفقه والتفانون •

وقبل أن نترك حكم القانون نقول أن إطلاق الجواز لبيع التركات والتخارج منها ، ولو كان بعضها ديونا قبل الغير هو الذى يتفق مع الأحكام القانونية الثابتة ولو كان فيها تمليك الدين لغير من عليه الدين ، فهو سير مقتضى منطق القانون الدنى الذى يسوغ ذلك التمليك ، إذ أنه يسوغ حوالة الحق ، كما يسوغ حوالة الدين ، وقد نوهنا إلى ذلك فى الأحكام العامة للتركات ، وقلنا أن المذهب الحنفى ، وإن كان يضيق عن حوالة الحق ، قد تحايل فقهاؤه لتسويتها ، ونقلنا بعض النصوص فى ذلك ، وأرجأنا تمام البيان إلى الكلام فى المتخارج ، والآن نبين ببعض البيان ما أجملنا •

٢١٣ - إن التركة إن كان المتخارج قد أخذ فيها صورة القسمة فهو قسمة يسرى عليها ما يسرى على كل الأشياء المشتركة عند اقتسامها ، ويكون المتخارج فى حكم القسمة ، إذا كان المتخارج عليه بعضا معيناً ، كما نوهنا إلى ذلك فى موضعه ، وإن كانت القسمة فيها معنى المبادلة أيضا •

وعلى ذلك يكون قابلا للنقض إذا حدث ما يسوغ نقض القسمة فى التركات ، وقد ذكر صاحب البدائع ثلاث أحوال تنقض فيها قسمة التركة ، وبالتالي ينقض كل تخارج يأخذ وصف القسمة ، وهذه الثلاثة هى :

١ - ظهور دين على الميتم ، وتنقض القسمة فى هذه الحال إذا طلب الغرماء النقض ويجاب طلبهم إذا لم يكن فى التركة الباقية نقود تكفى لسداد الدين ، ولم يستعد الورثة لقضاء الدين من مال أنفسهم حماية للقسمة من أن تنقض ، فإن لم يكن واحد من هذين الأمرين نقض القاضى القسمة بطلب الغرماء إن تعين الطلب سبيلا لاستيفاء ديونهم •

٢ - وظهور وصية لم تكن معلومة وقت القسمة أو وقت التخارج الذي أخذ حكمها ، لأن مقادير السهام من التركة تتغير ، بظهور ذلك الشريك الذي لم يحتسب عند الاقتسام ، أو عند التخارج .

٣ - ظهور وارث لم يكن معلوما وقت القسمة ، فإن ظهوره يغير السهام نفسها ، لا مقاديرها من التركة فقط ، فهو شريك أيضا لم يحتسب حسابه ، فتتقضى القسمة التي بنيت على أنه غير موجود ، ويعدل التقسيم حتى تتميز حصته ، وتكون القسمة أو التخارج على أساس صحيح .

٢١٤ - هذه بعض أحكام التخارج الذي يكون على شيء معين من التركة ، أما التخارج الذي لا يكون فيه بدل التخارج شيء معين من التركة فإنه يكون بيعا ، وتسرى فيه الأحكام السابقة ، لأن الأساس الذي بنى عليه قد تغير بظهور من ظهوروا .

والكلام في أحكام ذلك النوع من البيع من الناحية الشرعية يشتمل على ثلاثة عناصر : هي معلومية التركة ، وحكم التخارج إذا كان بعض التركة نقودا ، وكذلك حكمه إذا كان بعضها ديونا قبل الغير .

أما الأول : وهو معلومية التركة فالمتفق عليه بين فقهاء المذهب أنها ليست بشرط ، لأن المعلومية في المبيعات بشكل عام شرط لإمكان التسليم ، ولما كان الورثة الذين يخرجون بعضهم لتخلص التركة لهم ، هم المستولون عليها فعلا ، لم يكن ثمة حاجة إلى معرفتها على وجه التعيين ، وبذلك يتلاقى القانون المدني في هذا الجزء مع الفقه الحنفى بالنسبة لبيع الحق في التركة لأحد الورثة أو لهم مجتمعين .

وأما الثاني : وهو الحكم إذا كان في التركة نقود وكان تخارج ، فإن كان التخارج بغير جنسها ، فهو صحيح قل أو كثر ، لأنه لا يشترط أن يكون التخارج بمقدار الحصة تماما ، إذ هو بيع تجري عليه أحكام البيوع ، وليس بلام أن يكون الثمن مساويا لقيمة المبيع .

وأما إذا كان بدل التخارج نقودا ، وفي التركة نقود وغير نقود واتحد الجنس فإنه في هذه الحال يجب أن تكون النقود تزيد عن حصة المتخارج في النقود لكي يكون قد وصل إليه حقه من النقد ، والزائد يكون ثمنا لما

عدا النقود من التركة ، ولو كان قليلا بالنسبة لنصيبه فيها ، فإنه يروى أن ورثة عبد الرحمن بن عوف ، قد تخارجوا مع إحدى أزواجه على مقدار من النقد ، وعرف بأنه كان يساوي نصف حصتها من قيمة التركة في مجموعها .

وأما الأمر الثالث ، وهو الحكم إذا كان بعض التركة ديناً قبل الغير فإن المتخارج لا يجوز على مقتضى القياس ولو كان ببعض التركة ، وذلك لأنه تملك لغير من عليه الدين ، إذ أن مقتضاه أن الجزء الذي كان يخص الوارث المتخارج من الدين قد ملكه لغيره والديون لا تقبل التملك لغير من هي عليه ، ولأن حوالة الحق لا تجوز في المذهب الحنفي .

٣١٥ - هذه هي القاعدة ، ولكن فقهاء المذهب وجدوا في تلك القاعدة تضيقاً على الناس ، ولم تكن إلا اتباعاً لمقياس فقهي ظاهر ، ولذلك تحايلوا للتوسعة على الناس ، وبين يدي مخرجان لفتيهم من أئمة التخريج في المذهب الحنفي وهما الكاساني والزليعي ، فالكاساني يسوغ تملك الدين لغير من عليه الدين ما دام لم يصرح بالدين الذي هو موضع التملك ، ويعتبر ذلك توكيلاً بالقبض ، ويقول في ذلك :

وأما بيع الديون من غير من هي عليه ، والشراء بها من غير من هي عليه فينظر إن أضاف البيع والشراء إلى الدين لم يجز ، بأن يقول لغيره بعث منك الدين الذي هو في ذمة فلان بكذا ، أو يقول اشتريت منك هذا الشيء بالدين الذي هو في ذمة فلان ، فذلك لا يجوز ، وإن لم يصف العقد إلى الدين الذي عليه جائز ، ولو اشترى شيئاً بثمن هو دين ، ولم يصف العقد إلى الدين جاز ، ثم أحال البائع على غريمه دينه الذي هو عليه جازت الحوالة ، لأن هذا توكيل بقبض الدين فإن المحال عليه يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحال له والتوكيل بقبض الدين جائز أي دين كان .

هذا تخريج الكاساني ، وهو في هذا يتجه إلى أن تملك الدين يجيء عن طريق التوكيل بقبضه . ولو طبقناه على التخرج في التركات لكان معناه أن المتخارج قد وكل سائر الورثة في قبض الدين ، وإذا تسلموها كان في نظير ما أخذ من مال ، وأما تخريج الزليعي فقد ذكره في باب التخرج بين الورثة ، ولذلك كان نصاً في موضوعنا ، وهو يجعل المقدار الذي يعد بدلاً للتخرج قسمين أحدهما يساوي مقدار نصيب المتخارج في ديون التركة ويأخذه على أنه دين عليه ، والباقي يكون في نظير ما عدا الديون التي للتركة ، فأما الجزء

الذى يكون مساويا للدين الذى له قبل الغرماء ، فإن الغرماء يتعهدون للمورثة بسداده ، ويحيل المتخارج الورثة عليهم عن طريق هواله الدين ، وبذلك يتم التخارج فى العين والدين معا ، وبهذين المخرجين يتلاقى الفقه والقانون فى هذا المقام ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

الوصية مع الميراث

٣١٦ — هذا باب نختم به بصوثنا فى هذا الكتاب ، وهو يبين :

(أ) طرق حل المسائل التى تشتمل على وصايا ومواريث •

(ب) ويبين ثانيا طريق استخراج الوصية الواجبة التى صارت تشبه الميراث فى لزومها للمورث ولورثته •

٣١٧ — أما القسم الأول ، وهو طريق حل مسائل الوصايا الاختيارية مع الميراث ، فإنه ينظر إن كانت الوصية نافذة من غير حاجة إلى إجازة أحد ، أو تحتاج فى نفاذها كلها إلى إجازة الورثة •

فإن كانت لا تحتاج فى نفاذها إلى إجازة أحد ، وكانت بمقدار معين من التركة أو بمقدار شائع فيها غير مقدر بنصيب أحد الورثة ، فإن الوصية تنفذ أولا وتخرج ، ثم تقسم بقية التركة على الورثة •

فإذا كان المتوفى قد أوصى بثلث ماله لأخته الشقيقة ، وكان ورثته ابنه وبنته وزوجته وأمه ، وترك تركة قدرها ١٨٠ ف ، فإن التركة يؤخذ منها أولا ثلثها ، ويعطى الأخت الشقيقة ، والباقى وقدره ١٢٠ ف يقسم على ورثته المذكورين وتحل المسألة كما لو كانت لا وصية فيها ، وإذا أوصى شخص لجهة بر بشئ معين من ماله يخرج من ثلث التركة ، وترك مع هذا المعين ٢٤٠ ف وكان ورثته زوجة وأما وأبا ، وبنتا ، فإن الموصى به المعين يكون لجهة البر وصية ، وتقسم الأطلان على الورثة ، كل على حسب سهامه •

٣١٨ — وإذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، ولا يحتاج إلى إجازة فإن مقدارها لا يعرف إلا بعد معرفة سهام الوارث الذى أوصى بمثل نصيبه ، ولذلك تقسم التركة بالسهم أولا ، فإذا عرف مقدار سهام الوارث الذى أوصى بمثل نصيبه ، أضيف إلى مجموع السهام مقدار سهام ذلك

الوارث ، ليكون ذلك مقدار ما يقابل نصيب الموصى به ، ثم تقسم التركة بعد ذلك على مجموع سهام الورثة مضافاً إليها سهام الموصى له . وما يقابل سهامه يكون هو المقدار الموصى به ، ولنضرب لذلك بعض الأمثلة :

(أ) إذا توفي شخص عن زوجة ، وأم وأخوين لأم ، وأختين شقيقتين ، وأخ الأب أوصى له بمثل نصيب الأخ لأم ، وترك ٣٨٠ ف ، فإن التركة تقسم هكذا :

تعطى الزوجة الربع ، والأخوان لأم الثلث ، والأم السدس ، والأختان الشقيقتان الثلثين ، ويكون أصل المسألة - ١٢ - وتكون سهام الزوجة - ٣ - والأم - ٢ - والأخوين لأم - ٤ - لكل واحد - ٢ - والأختين - ٨ - ويكون مجموع السهام - ١٧ - فهي عائلة ، ويضاف إلى هذا المجموع مقدار ما خص كل أخ لأم من سهام ، وهو - ٢ - مقدار الموصى به ، فيضاف إلى مجموع السهام فيصير المجموع - ١٩ - وتقسّم التركة على ١٩ . فيكون ما يخص السهم ٢٠ ف فيعطى كل ذي فرض ما يقابل سهامه ، ويعطى الموصى له ما يقابل سهامه .

(ب) توفيت امرأة عن زوج ، وبنت وبنت ابن ، وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، أوصى لها بمثل نصيب الأخت الشقيقة ، وترك تركة قدرها ٣٦٠ ف ففي هذه الحال يعطى الزوج الربع ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس تكملة للثلثين ، والأخت الشقيقة الباقي ، لأنها عصة مع الغير ، ويكون أصل المسألة - ١٢ - يكون للزوج - ٣ - وللبنت - ٦ - ولبنت الابن - ٢ - وللاخت الشقيقة الباقي ، وهو - ١ - ويكون لأخت الأب الموصى لها - ١ - بمقدار الأخت الشقيقة ، فيكون مجموع سهام الورثة والموصى له - ١٣ - تقسم عليها التركة فيخص كل سهم ٢٠ ف ، يعطى كل وارث منها ما يقابل نصيبه .

(ج) وإذا توفي شخص عن زوجين : إحداهما مسيحية وأوصى لها بمثل نصيب المسلمة ، وعن بنتين ، وأب وأم ، وترك تركة قدرها ٦٠ ف . فيكون للزوجة المسلمة الثمن وللبنتين الثلثين ، وللأم السدس ، ولأب السدس مع الباقي إن كان باق ، ويكون أصل المسألة - ٢٤ - للزوجة المسلمة - ٣ - وللبنتين - ١٦ - وللأم - ٤ - فيكون مجموع السهام - ٢٧ - وتكون عائلة ، ويضاف إلى هذا المجموع - ٣ - للزوجة المسيحية الموصى لها ، فيكون المجموع

— ٣٠ — تقسم عليها التركة ، فيخص كل سهم — ٢ — ويخص الموصى لها ٦ ف ويعطى كل وارث ما يقابل سهامه •

هذه أمثلة موضحة للوصية إن كانت بمثل نصيب أحد الورثة ، ولم تخرج عن الثلث •

٢١٩ — وهذه هي الوصايا النافذة ، وطريق المسائل المشتمة عليها ، واستخراجها ، ولنتقل إلى الوصايا غير النافذة كلها إلا بإجازة الورثة ، وهي الوصايا التي تكون بأكثر من الثلث ، فإن الجزء الزائد على الثلث لا ينفذ إلا بإجازة الورثة ، والثلث ينفذ من غير حاجة إلى إجازتهم •

ولهذا النوع من الوصايا حالان : (إحداهما) أن تكون الوصايا بمثل نصيب أحد الورثة ، ويكون أكثر من الثلث ، كأن يكون الورثة بنته وابنه ، ويوصى لشخص بمثل نصيب ابنه ، وفي هذه الحال تحل المسألة بالطريقة التي ذكرناها آنفا باستخراج سهام كل وارث ، وإضافة سهام إلى المجموع تساوى سهام الوارث الموصى بمثل نصيبه ، ثم إن أجاز الورثة الوصية نفذت كلها ، وإذا لم يجيزوا نفذت في الثلث فقط ، وقسم الثلثان بين الورثة بمقدار سهامهم بأن يخرج الثلث أولا ، والثلثان يقسمان تقسيما مبتدأ ، ولا نعتبر الوصية بمثل نصيب أحد الورثة •

٢٢٠ — الحال الثانية ألا تكون الوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وهي أكثر من الثلث ، وهذه الوصايا يفرض لها ثلاثة فروض ، ولكل فرض حكم ، وحل خاص بالمسائل المشتمة عليه •

الفرض الأول — أن يجيز الورثة جميعا هذه الوصية ، وفي هذه الحال يخرج مقدارها من أصل التركة ، والباقي يكون للورثة يقسم بينهم على حسب فرائضهم وما يستحقون •

الفرض الثاني — ألا يجيز الورثة جميعا ، وفي هذه الحال تنفذ الوصية في الثلث ويخرج من أصل التركة ، والباقي يقسم بينهم تقسيم الميراث •

والفرض الثالث — أن يجيز بعض الورثة ، ولا يجيز بعضهم ، وفي هذه الحال تقسم التركة تقسيمين : تقسيم على فرض الإجازة ، وتقسيم على فرض

عدم الإجازة ، فمن أجاز أخذ نصيبه على تقسيم الإجازة ، ومن لم يجز أخذ نصيبه على تقسيم عدم الإجازة ، والباقي بعد أن يأخذ كل ذي حق حقه يكون للموصى له ، ولنبين ذلك ببعض الأمثلة نسوقها •

(أ) إذا توفي شخص عن زوجة وأخت شقيقة ، وأخت لأب وأم وأوصى لجهة بر بنصف ما يملكه ، وترك ٣٩٠ ف . وأجازت الأم والزوجة ، ولم تجز الأختان ، فتقسم التركة تقسيمين ، بعد التقسيم بالسهم ، وعلى ذلك تكون الزوجة تستحق الربع ، والشقيقة النصف ، والأخت لأب السدس ، والأم السدس وأصل المسألة — ١٢ — وعالت إلى — ١٣ — لأن سهام الزوجة — ٣ — والأم — ٢ — والشقيقة — ٦ — والأخت لأب — ٢ — •

ويقسم — أولاً — على فرض الإجازة فيكون للوصية — ١٩٥ — وهي النصف ويقسم ١٩٥ على ١٣ فيخص السهم ١٥ ، ويكون للزوجة ٤٥ ف ، وللأم ٣٠ ف ، وللشقيقة ٩٠ ف ، وللأخرى ٣٠ ف •

ويقسم — ثانياً — على فرض عدم الإجازة ، فيكون للوصية ١٣٠ ف هي الثلث ويقسم ٢٦٠ ف على ١٣ فيخص السهم ٢٠ ف ، ويكون للزوجة ٦٠ ف ، وللأم ٤٠ ف ، وللشقيقة ١٢٠ ف ، وللأخرى ٤٠ ف •

ولما كانت الزوجة والأم قد أجازتا الوصية ، فهما تأخذان نصيبهما على تقسيم الإجازة ، فيكون للزوجة ٤٥ ف ، وللأم ٣٠ ف ، والأختان لما لم تجيزا أخذتا نصيبهما ، على تقسيم عدم الإجازة فتأخذ الشقيقة ١٢٠ ف ، والأخرى ٤٠ ف ، والباقي وقدره ١٥٥ ف هو قدر الوصية النهائي •

(ب) إذا توفيت امرأة عن زوج ، وأخوين للأم ، وأم وأوصت لمستشفى بمائة وعشرين فدانا ، وتركتهما كلها ١٨٠ ف ، وقد أجازت الأم الوصية ، ففي هذه المسألة تبين الأنصبة بالسهم ، فيستحق الزوج النصف ، والأم السدس ، والأخوان للأم الثلث ، ويكون أصل المسألة — ٦ — للزوج منها — ٣ — وللأم — ١ — وللأخوين — ٢ — ثم تقسم التركة — أولاً — على فرض الإجازة فيقسم بين الورثة — ٦٠ — ف فيستحق الزوج ٣٠ ف ، والأخوان للأم ٢٠ ف ، والأم ١٠ ف •

وتقسم — ثانياً — على فرض عدم الإجازة فيخرج الثلث ، وتكون التركة التي تقسم بين الورثة ١٢٠ ف ويستحق الزوج ٦٠ ف ، والأم ٢٠ ف ، والأخوان لأم ٤٠ ف •

ولما كانت الأم قد أجازت ، فإنها تستحق ١٠ ف على تقسيم الإجازة ، والباقيون يستحقون أنصبتهم على تقسيم عدم الإجازة إذا لم يجيزوا ، فيأخذ الزوج ٦٠ ف ، والأخوان ٤٠ ف ، ويكون مقدار الوصية النهائي ٧٠ ف •

الوصية الواجبة

٢٢١ — الأصل في الوصايا أنها اختيارية ، وليس منها واجبة بحكم القضاء ، والوصايا بأداء الكفارات والزكوات التي تكون قد فاتت في حياته واجبة وجوباً دينياً ، وليس الوجوب وجوباً قضائياً ، ولذلك لو تركها لا تنفذ من ماله في المذهب الحنفي ، وعلى النحو الذي بيناه في مقدمة هذا الكتاب التي بينا فيها الأصول العامة لأحكام التركات •

ولكن قانون الوصية أتى بحكم لم يسبق بمثله في المذاهب الإسلامية المشهورة ، وهو أن الوصية تكون واجبة بحكم القانون ، وتنفذ بحكم القانون ، سواء أراد المورث أو لم يرد ، تلك الوصية تكون لفرع من يموت في حياة أحد أبويه حقيقة ، أو حكماً ، وهو المفقود ، أو يموتان معا ، كالحرقي والهسدي والغرقى •

والباعث على ذلك أنه في أحوال غير قليلة يموت الشخص في حياة أمه أو أبيه ، ويحرم هو وذريته من ميراثه الذي كان يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه ، وبذلك يصير أولاده في فقر مدقع ، مع أن أعمامهم يكونون في سعة ورغد من العيش ، يجتمع لأولئك اليتامى مع اليتيم وفقد العائل الحرمان ، ويضطرب ميزان التوزيع في الأسرة ، ويصير بعضهم في مترية بسبب موت أبيهم المبكر ، وكثيراً ما كانت الأسر المتعاونة تحمل الأب أو الأم على الوصية لأولاد ولدهما المتوفى في حياتهما •

فجاء قانون الوصية ، وقرر ذلك المبدأ ، واعتبره وصية واجبة ، وتعلق واضعوه ببعض نصوص القرآن الكريم ، وآراء بعض فقهاء التابعين ، ورأى لابن حزم الأندلسي ، ونص على ذلك في المواد ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، من ذلك القانون •

٢٢٢ - وخلاصة ما اشتملت عليه تلك المواد أنه يجب على الشخص أن يوصي لفرع ولده المتوفى في حياته بنصيبه ، إذا لم يستحق ذلك الفرع من التركة شيئاً ، مهما تنزل درجة الفرع ، إذا كان المتوفى في حياة أحد والديه ذكراً بشرط ألا تتوسط أنثى ، فإن توسطت أنثى لا تستحق الطبقات التي تليها ، وإذا كان المتوفى في حياة أحد أبويه أنثى لا يستحق من فرعها إلا الطبقة التي تليها فقط ، أى أن أولاد الظهور يستحقون مهما تكن طبقتهم ، أما أولاد البطون فلا يستحق إلا الطبقة الأولى من أولاد البنات •

وكل طبقة لا تستحق إذا كان من يصلها إلى المتوفى موجوداً ، فالطبقة العالية تحجب من دونها ممن يدلى بها ، أى يتصل بوساطتها ، فكل فرع موجود يحجب من يتصل بالمتوفى عن طريقه ، ولا يحجب من لا يتصل عن طريقه ولو كان في طبقة أسفل منه •

٢٢٣ - والوصية الواجبة تكون بمقدار نصيب الولد المتوفى في حدود الثلث فإن كان نصيبه يزيد على الثلث لا تحجب الوصية إلا بمقدار الثلث ، وإذا لم يوص المورث بهذا المقدار المحدود نفذت الوصية في ماله بحكم القانون ، وإن أوصى بأقل من نصيب ولده المتوفى كمل ، حتى يصل إلى مقداره بشرط ألا يزيد على الثلث ، وإن أوصى بأكثر من نصيب ولده المتوفى كان الزائد وصية اختيارية ، ويكون حكمها كحكم سائر الوصايا الاختيارية •

وإن كان ثمة وصايا اختيارية ، والثلث يضيق عنها هي والوصية الواجبة ، قدمت الوصية الواجبة على غيرها ، وما بقى تتراحم فيه الوصايا الاختيارية ، وينفذ من كل وصية مقدار يعادل مقدارها بالنسبة لجموع هذه الوصايا ، أى يكون الزائد بينها بالمحاصة ، بأن يعطى كل بنسبة وصيته •

وما يكون من وصايا لأصحاب الوصية الواجبة بأكثر من نصيبهم يكون الزائد حكمه في انتزاعهم كأصحاب الوصايا الاختيارية ، ويكون معها على قدم المساواة ، وتقسيم الوصية الواجبة بين مستحقيها تقسيم الميراث ، أى أنه يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، إن كانوا ذكورا وإناثا ، وإن اتحد الجنس قسم بينهم بالتساوى ، والتقسيم يبتدىء عند أول طبقة ، وما خص كل أصل يأخذه فرع •

٢٢٤ - ويشترط لإيجاب الوصية الواجبة :

(أ) ألا يكون الفروع الذين مات أصلهم في حياة أحد أرويه وارثين ، فإن كانوا وارثين ، ولو مقداراً قليلاً لا تجب الوصية ، وتكون الوصية لهم من قبيل الوصية الاختيارية تجرى عليها أحكامها ، ولا تقدم على غيرها من الوصايا .

(ب) ويشترط أيضاً ألا يكون الميت أعطاهم بغير عوض عن طريق آخر ، كطريق الهبة أو الوقف ما يساوى الوصية الواجبة ، فإن كان قد أعطاهم أقل منها وجبت وصية لهم بمقدار ما يكمل نصيب أصلهم الذى توفى في حياة أحد أبويه أو أثنى ، إن كان نصيبه أكبر منه ، فإن كان الميت قد أعطى أصحاب الوصية الواجبة بالهبة أو نحوها مقدار نصيب أصلهم ، فالوصية لا تكون واجبة ، وإن كان ما أعطاهم أقل من نصيبه ودون الثلث كمل لهم الأقل من الاثنين : النصيب أو الثلث .

٢٢٥ - هذه خلاصة موجزة أشد الإيجاز لما جاء في قانون الوصية خاصاً بالوصية الواجبة ، وهى قد صارت من حيث إجبار الموصى عليها ، وأخذها من تركته بحكم القانون جبراً عنه ، وعن ورثته - كالأستحقاق في الميراث في الجملة ، وإن كانت تفتقر عنه من حيث إن الموصى لهم لا يستحقونها بمجرد الوفاة من غير طلب كالميراث ، إذ لم يرد نص بأنه تنتقل الملكية فيها فور الوفاة من غير حاجة إلى قبول أو طلب ، ولندرة الرغص كانت كالميراث ، وإن كانت في ذاتها تأخذ أحكام الوصايا .

ولنضرب الأمثلة الموضحة التى تكشف عن مقصد القانون ، وبعض غرائبه :

(أ) إذا كان لرجل ولد ذكر توفى في حياته ، وله ابنة مثلاً ، وتوفى ذلك الرجل عن زوجة ، وابنتين ، وأخت شقيقة ، فإن مقدار الوصية الواجبة الثلث ، لأنه لو فرض الابن المتوفى حياً عند وفاة أبيه لاستحق أكثر من ثلثها ، فلا يعطى فرعه كل نصيبه ، وتكون الوصية الواجبة هى الثلث وتأخذ بنته ، ويلاحظ أن الثلث الذى تأخذه بنت هذا الابن هو ثلث المال كله ، وبذلك يكون نصيبها أكثر من نصيب البنت الصلبية ، لأن كل واحدة من البنيتين ستأخذ ثلث الثلثين ، لا ثلث المال كله ، فإن كانت التركة ١٨٠ ف تتأخذ بنت ابن

المتوفى ستين غدانا ، لأنها ثلث المال كله ، وتأخذ كل بنت للموصى أربعين غدانا ، لأن ذلك ثلث الباقي ، وهو ١٢٠ ف •

ويجب أن يلاحظ أنه إن كان للرجل بنت واحدة ولا تجب الوصية لابنة الابن - لأنها تكون وارثة ، ولكن ميراثها يكون السدس فقط فتستحق إذا كانت التركة (٨٠ ف) مقدار ثلاثين غدانا ، وهذه إحدى الغرائب التي يؤدي إليها تطبيق قانون الوصية بنصوصه ومعناه ومرماه •

(ب) وإذا كان لرجل ابن وبنت قد توفي في حياته ، وكان للبنت ابن بنت توفيت أمه ، وللابن بنت ابن متوفى أيضا وتوفى الرجل عن بنت وابن ، فإن الوصية الواجبة في هذه الحال لا تشمل ابن بنت البنت ، لأن أولاد البطون لا يستحق منهم إلا الطبقة الأولى التي تلي الفرع المتوفى في حياة أبيه وتستحق الوصية الواجبة بنت ابن الابن ، ويكون مقدارها الثلث ، لأن ما يستحقه أصلها المتوفى يكون أكثر من الثلث ، وحينئذ يكون نصيب بنت ابن الابن أكثر من نصيب البنت الصلبة ، لأن هذه أخذت ثلث الكل والصلبية استحققت ثلث الثلثين •

(ج) وإذا كان لرجل ابن توفي في حياته ، وله هذا الابن بنت وابن آخر توفي في حياته أيضا وترك بنتا ، أي أن غرور الابن الذي توفي في حياة أبيه بنت وبنت ابن ، ثم توفي الرجل عن زوجة وابن وبنت ، ففي هذه الحال تكون الوصية الواجبة هي الثلث ، لأن ما سيأخذه الابن لو كان حيا عند وفاة أبيه أكثر من ثلث ، ويقسم الثلث بين أول طبقة تلي هذا الابن وهي البنت وأخوها فتأخذ ثلث الثلث ، ويأخذ أخوها ثلثي الثلث ، وما أخذه يكون لابنته ، لأنه توفي في حياة الأصل الأول ، فإذا كانت التركة ١٨٠ ف تكون الوصية (٦٠ ف) لبنت الابن المتوفى في حياة أبيه (٢٠ ف) ولبنت ابن هذا الابن (٤٠ ف) • وهذه أيضا إحدى الغرائب التي يؤدي إليها تطبيق ذلك القانون •

٢٢٦ - هذه أمثلة توضح ما اشتملت عليه المواد الخاصة بالوصية الواجبة من قانون الوصية •

ويلاحظ أن هذا القانون كشأن كل قانون عام في نصوصه لم يبين طريقة استخراج مقادير الوصية الواجبة بالطرق الحسابية ، بل بين القاعدة ،

والأصول التي تبنى عليها المسائل ، وترك للمطبقين له طريق الاستخراج بالطرق الحسابية ، إذ ليست هذه الطريقة حكما يجب ببيانه ، ولكنها حساب يلاحظ في استخراج الأرقام فيه أن تكون مطابقة تمام المطابقة لألفاظ القانون وقواعده ومقاصده ، والقانون قيد من يستخرج حساب الوصية الواجبة بثلاثة قيود •

أولها : ألا تزيد على الثلث ، لأن المقدار الذي خصه الله سبحانه وتعالى للوصية عامة هو الثلث ، فلا تتجاوز الوصية الواجبة كما قدمنا •

ثانيها : أن تنفذ على أساس أنها وصية لا ميراث ، والوصية تنفذ من كل التركة . ومن رأسها ، بحيث تنال نصيب كل وارث من الورثة بالنقص ، فلا يختص بالنقص فريق دون فريق ، وعلى ذلك لا تنقص الوصية الواجبة ، من نصيب الأولاد دون غيرهم ، بل تنقص جميع الورثة ، لأنها وصية ، وإن كانت واجبة بحكم القانون •

ثالثها : أن تكون بمقدار نصيب الولد المتوفى في حياة أحد أبويه ، فلا تتجاوز لأن الغرض العام من القانون أن يأخذ الفرع نصيب أصله الذي توفي في حياة أحد أبويه ، لا أن يأخذ أكثر منه ، لأن القانون نص على أنه يأخذ مثل ما كان يأخذ أصله لو كان حيا . فهو يفرض الأصل حيا ، ويعطيه ما كان يأخذه على ذلك الفرض ، وليس من المعقول أن نعطي الفرع أكثر مما كان يأخذ أصله ، وهو ما أخذ إلا عن طريقه وباسمه •

٢٢٧ - هذه هي القيود الثلاثة التي ألزم القانون شارحه ومطبقه التقية بها عند استخراج ما يستحقه صاحب الوصية الواجبة بالسهم والحساب ، ويقيد الحل فوقها ألا يؤثر فرض وجسود المتوفى في الورثة الموجودين فعلا بالحجب •

ولقد فرضنا حلولا ثلاثة ، واختبر كل حل منها ، وجعلنا المقياس هو هذه القيود الثلاثة ، فما انطبق عليها تمام الانطباق قبلناه ، وما خالف بعضها تركناه عن نبينته (١٠٤) •

(١٠٤) ذكرنا هذا في بحث نشر بمجلة القانون والاقتصاد بعنوان (الجديد في قانون الوصية) وذلك بعدد سبتمبر ١٩٤٧ المجلد السابع عشر ، وكان ذلك قبل أن يعرض الأمر على القضاء ويصدر فيه حكما ، وتصدر فيه فتوى دار الإفتاء •

الحل الأول : أن يفرض الفرع المتوفى حياً ، وتقسم التركة على فرض وجوده ، ويعطى أولاده نصيبه على ذلك ، وانضرب لذلك مثلاً :

توفى رجل عن زوجته ، وأمه وأبيه ، وبنت وابن ، وبنت ابن توفى أبوها في حياة المورث ، وترك ذلك المورث تركة قدرها ٣٦٠ ف .

فإننا إن فرضنا الابن المتوفى حياً ، وقسمنا يكون بعد استخراج السهام ما يخص الزوجة هو ٤٥ ف وما يخص الأم ٦٠ ف ، والاب كذلك ٦٠ ف ويكون الباقي للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، وفيهم المتوفى الذي فرض حياً ، ويكون ما يخصه ٧٨ ف ، تعطاها ابنته ، وهذا الحل وإن كان فيه القيد الأول والثالث قد توافرا لم يأخذ فرع الابن المتوفى ما أخذ على أنه وصية . لأن الوصية تقضى بأن ننقص أنصبة المورثة أجمعين ، وهنا نجد أصحاب الفروض لم ينقص أنصبتهم بما أخذه الابن ، فلم ينقص إلا نصيب الأولاد .

ومعنى ذلك فإن هذا الحل مفروض على أساس أن الابن يعطى ميراثه على أنه موجود ، وألورثة يأخذون أيضاً على أساس أنه موجود ، فيكون إشكال إذا كان وجوده يحجب بعض الورثة المستحقين فعلاً كأن يكون في المسألة زوجة وأربع بنات وأخت شقيقة وبنت ابن توفى في حياة أبيه ، فإننا لو سائرنا ذلك الحل ، لكان مقتضاه أن تأخذ البنات بالتعصيب مع الابن وأن تحجب الأخت الشقيقة ، وينتهي الأمر بأن نحجب وارثاً حياً أعطاه الشارع الإسلامى لأجل فرض الابن حياً ، وأن يتحول نصيب البنات من الفرض إلى التعصيب ، لأجل ميت أيضاً فرض حياً ، والقانون ما تعرض بالنفي للأنصبة الشرعية الثابتة بمحكم القرآن وصحيح السنة ، ولكن كل ما صنعه أن زاد وصية واجبة .

ولذلك كان هذا الحل غير مقبول ، وإن كانت بعض المحاكم الشرعية قد سارت عليه ، ولكن الاستئناف ألغى تلك الأحكام .

٢٢٨ — الحل الثانى — أن يفرض أن الوصية الواجبة هي وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، فكان واضح القانون فرض أنه إذا كان الوجود فرع ابن توفى في حياة أحد أبويه تكون وصية واجبة بمثل نصيب الابن ، وأنه إذا كان الوجود فرع بنت توفيت في حياة المورث ، فإن المقتن يكون قد أوجب وصية بمثل نصيب بنت .

ولنطبق ذلك على هذا المثال ، وهو أن تتوفى امرأة عن زوجها وبنت ، وابن وبنت ابن توفى أبوها في حياتها ، وتركته قدرها ٣٦٠ ف ، فإنه تحل المسألة هكذا :

لا يفرض المتوفى حيا ، بل تحل المسألة بين الأحياء ، فيكون للزوج الربع ، والباقي للبنت وللابن للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون أصل المسألة — ٤ — للزوج — ١ — وللبنات — ١ — وللبن — ٢ — ثم يضاف مثل سهام الابن وتقسم التركة على ٦ فيخص الزوجة ٦٠ ف ، والبنت ٦٠ ف ، والابن ١٢٠ ف ، وبنت الابن المتوفى ١٢٠ ف .

وهذا الحل توافر فيه القيدان الأول والثاني ، ولم يتوافر فيه القيد الثالث ، لأن الابن لو فرض حيا تكون المسألة هكذا — الزوج والبنت والابنان — ويكون للزوج الربع ، والباقي للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين فيكون أصل المسألة ٤ . يصحح إلى ٢٠ لعدم قبول الثلاثة القسمة على — ٥ — وتقسم التركة على ٢٠ فيخص السهم ١٨ . يكون للزوج ٩٠ ف ، وللبنات ٥٤ ف وللبن ١٠٨ ف .

وترى من هذا أن الابن لو كان حيا يأخذ ١٠٨ ف بينما تأخذ بنته على اعتبار أن الوصية الواجبة وصية بمثل نصيب أحد الورثة (١٢٠) وهذا غريب في ذاته ومجاف للقواعد المتبعة في تفسير القوانين ، إذ أن البنت تأخذ باسم أبيها . فتأخذ ما كان يستحقه لو كان حيا ، فكيف تأخذ أكثر منه .

وإن هذه الزيادة تطرد في كل المسائل التي يكون استحقاق الفرع المتوفى في حياة أحد أبويه لا يتجاوز الثلث إن كان حيا .

وإنما اطردت تلك الزيادة ، لأن نصيب الأولاد على الحل الذي يعتبرها وصية بمثل نصيب أحد الورثة يقسم على عدد الأولاد الموجودين فعلا فتكون الحصة لنواحدة كبيرة ، ويكون ما يقابلها من التركة كبيرا ، ولو أضفنا مقدار ما خص أحدهم إلى سهام التركة ، بينما إذا فرض الولد موجودا ستكون القسمة على الأولاد الموجودين ، ومن فرض موجودا ، ألا ترى أننا عندما حللنا المسألة السابقة على اعتباره وصية بمثل نصيب أحد الورثة قسمنا نصيب الأولاد على بنت وابن ، بينما إذا كان الابن المتوفى قد فرض موجودا تكون القسمة على بنت وابن .

من أجل هذا قلنا أن ذلك الحل غير مستقيم : ولكن مع ذلك أخذ به فضيلة مفتى الديار المصرية في فتاويه وقتا ما - واعتبر ما عداه باطلا ، وسنبين وجهة نظره ونناقشها إن شاء الله تعالى ♦

٢٢٩ - الحل الثالث - وهو الحل الذي ارتضيناه من بين هذه الحلول التي فرضناها والقانون بعدد بكر لم توضح مسائله ، وذلك انحل يتلخص في أن نخطو لاستخلاص الوصية الواجبه ، وبيان ما يستحقه كل وارث ثلاث خطوات :

أولها : أن نفرض الولد الذي توفي في حياة أبيه حيا ، ويقدر نصيبه كما لو كان موجودا ♦ فإذا كان الميت قد ترك بنتين وابنا ، وأبا وأما وبنت ابن توفي أبوها في حياته ، وترك تركة هي ٢٧٠ ف - نفرض الولد الذي توفي في حياة أبيه حيا - ويبين مقدار نصيبه بالسهم ، فيكون أصل المسألة - ٦ - وصححت إلى ١٨ - يخص الأم السدس وهو ٣ - والأب كذلك - ٣ - وكل بنت - ٢ - وكل ابن - ٤ - وعلى ذلك يكون ما يخص الابن الذي فرض حيا من التركة - ٤ - من ١٨ ♦

الخطوة الثانية : أن يخرج من التركة ذلك المقدار ومقدار التركة ٢٧٠ ف

٤
فيضرب - $270 \times 4 = 1080$ ف فيكون هذا مقدار الوصية الواجبة ويستنزل ١٨.
من التركة فيكون الباقي $1080 - 1080 = 0$ ♦

ولذلك يكون نصيبه إذا كان مقدرا نصيبه الثلث فأقل ، فإن كان أكثر لم يستنزل إلا الثلث ♦

الخطوة الثالثة : أن يقسم ذلك الباقي على الورثة الموجودين بتوزيع جديد من غير نظر الولد الذي فرض حيا ، فيكون للأب السدس ، وللأم مثله ، وللبنات والابن الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون أصل المسألة - ٦ - للأم - ١ - وللأب - ١ - وللبن - ٢ - ولكل واحدة من البنات - ١ - فتأخذ الأم ٣٥ ف ، والأب مثلها ، والبنات الواحدة - ٣٥ - والابن ٧٠ ♦

٢٣٠ - وهذا الحل ارتضيانه لأنه لا يخرج على القيود الثلاثة التي قيد القانون بها الوصية الواجبة ، فهو لا يجيز الزيادة على الثلث ، وهو ينفذ على أنه وصية ، لأنه ينقص مقادير جميع الورثة ، لا مقادير الأولاد فقط ، كشأن كل الوصايا تنفذ من أصل التركة كلها ، وهو يعطى فرع الولد المتوفى ما يستحقه لو فرض حيا بلا زيادة قط ، ولا نقصان إذا لم يزد عن الثلث .

وقد يقول قائل أن فرع الولد المتوفى مياخذ أقل من الابن الموجود فعلا ، ونحن نقول أن القانون لم يشترط التماثل بين فرع الولد المتوفى ، ومن يستحق من الأولاد الموجودين فعلا ، إنما اشترط القانون بصريح اللفظ المماثلة بين ما كان يستحقه الولد المتوفى ، وما يعطى بالوصية الواجبة ، وهذه المماثلة ثابتة قائمة ، وهى التي من أجلها نرتضى هذا الحل ، ونرفض الحل الذى اختاره فضيلة المفتى وقتا ما ، وهو أحد الفروض التى ذكرناها (١٠) وبيننا عدم استقامته ، لأنه وإن كان يجعل التماثل بين فرع الابن المتوفى وبين أعمامه قائما ثابتا ، يترك التماثل بين ما يأخذ الفرع ، وما كان يأخذه أصله ، فيوجد تماثلا غير مطلوب فى القانون ، ويترك التماثل المطلوب فى القانون .

٢٣١ - كان إذن بيننا وبين فضيلة مفتى مصر الذى أفتى بهذا الحل اختلاف بسبب أنه اختار من الفروض التى ذكرناها ما رأيناه غير مستقيم ، لأنه يعطى فرع الولد المتوفى أكثر مما يأخذه الولد نفسه لو كان حيا ، ويرفض ما رأيناه مستقيما ، مع أنه يكون فيه التماثل بين ما يأخذ الفرع ، وما كان يأخذ أصله لو كان حيا ، وينفذ على أنه وصية ، ولا يرى أن فى أخذ الفرع أكثر من نصيب أصله لو كان حيا أى مخالفة للفقهاء والقانون . ومن حق العلم والإنصاف أن نسوق ما اعتبره فضيلته دليلا يسوغ له ذلك ، وهو ما فهمناه من مناقشته ومناقشة مساعديه ، فقد فهمنا أنه يستدل بأمرين :

(أحدهما) أن صدر المادة - ٧٦ - يقول : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته ، أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع ... » .

(١٠٥) راجع بحثنا فى مجلة القانون والاقتصاد فى عسدد سبتمبر سنة ١٩٦٤ المجلد السابع عشر ، العسدد الثالث .

فهذا النص يستفاد منه أن ما يستحقه الفرع وصية يكون وصية بمثل نصيب أحد الورثة ؛ وإذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة فإن حلها يكون بتقسيم التركة بالسهم على الورثة الموجودين ، ويضاف إلى مجموعها سهم الوارث الموصى له ، فكذا يكون المسلك هنا •

وإذا قيل لهم أن المنصوص عليه وصية بنصيب الولد المتوفى لو كان حيا ، قالوا إن الفتاوى الهندية تقول أن الموصى لو قال وصيت بمثل نصيب ابني لو كان حيا أو بنصيب ابني لو كان موجودا ، فإنها تكون وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وتطعن المسألة بفرض سهم الابن ، وتضاف إلى أصل المسألة •

وفوق ذلك فإن الموصى لو قال أوصيت لولد ابني فلان المتوفى بمثل نصيبه لو كان موجودا لا تعتبر ذلك وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وحلت بالشكل الذي بينه صاحب الفتاوى الهندية ، فكذا ما يقوم القانون بتنفيذه لأنه قائم مقامه في إنشاء وصية على هذه الصيغة فيحل على أساس أن الوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، ويسلك فيه طريق استخراجها •

(ثانيهما) أن القانون لم يبين طريق استخراج الوصية الناجبة مع الميراث وكل ما لم يبينه القانون يكون المرجع فيه المذهب الحنفي ، لأنه الأصل الذي يرجع إليه في غير المنصوص عليه من الأحكام ، فإليه المرجع حيث لا نص . ونحن إذا رجعنا إلى المذهب الحنفي في حل وصية جاءت على هذه الصيغة لا نجد حلا لها في ذلك المذهب إلا أن تعتبر وصية بمثل نصيب أحد الورثة •

٢٣٢ — هذا ما ساقه فضيلة المفتي الذي أفتى بذلك ومساعدوه ، ليستدلوا به على ما اختاروا من حل ، ولم نقرأه محررا بقلمه أو أقلامهم ، ونرجو ألا نكون قد تزيدنا عليهم أو نقصنا بعض ما قالوا •

ونحن نقول في رد ما ساقوا ، إنه كان يكفي أن يتبينوا أن ذلك الحل يؤدي إلى أن يأخذ فرع الولد المتوفى أكثر مما كان يأخذ الولد نفسه ، وأن واضع ذلك القانون الذي لم يكن له أصل قط في المذاهب الأربعة لم يقصدوا إلا أن يعطوا فرع الولد نصيب الوالد في دائرة الثلث ، كان يكفي ذلك ليعملوا تفكيرهم العميق في استخراج حل أقرب إلى العدل ، ولذلك لما علمت في أكتوبر سنة ١٩٤٧ أن فضيلة الأستاذ الجليل المفتي قد كتب فتوى على تلك الشاكلة

ذهبت إليه ، وأطلعته على البحث الذى نشرته فى مجلة القانون والاقتصاد ، إذ بينت فيه الحلول الثلاثة والمستقيم منها ، ونبهته إلى ما يؤدى إليه الحل الذى اختاره ، ولكن ذهبت إليه بعد أن أفتى • ولذلك لم يكن لما قدمت جدوى ، وتجادلت بعد أن علمت الإصرار ، وأنا أعلم أن الجدول مبع من يتمسك برأيه يزيده قوة استسماك وعنفا فيه ، ولكنى فعلت لتبرأ ذمتى ، وعسائ أن أصل إلى ما يغير فكرتى ، فلم أجد ما يغيرها ، ووجدت ما بينت خلاصته •

٢٣٣ - وآلآن نبين وجه الخطأ فى رأى فضيلة الأستاذ الجليل حفظه الله ، ولا عيب على عالم عظيم مثله فى أن يخطئ ، إنما العيب فى أن يدعى أنه لا يخطئ •

إن هذا الجزء من قانون الوصية قد وضعه المقتن المصرى غير معتمد على أصل أو رأى فى مذهب من المذاهب الأربعة ، بل على أى مذهب من المذاهب الإسلامية ، إلا شيئا تعلق به من رأى لابن حزم فى جواز أن ينفذ القاضى بعض الوصايا من تلقاء نفسه ، وينفذ ما بينه له ولى الأمر •

فجاء المقتن واستأنس بذلك فى تنظيم الوصية الواجبة ، وعلى ذلك يصح لنا أن نقول فى حق - أن ذلك التنظيم قانون وضعى ، يجرى فى تفسيره ما يجرى فى تفسير القوانين الوضعية ، مقيدين بأصول التفسير فى القانون ، وقواعد الدلالات اللغوية التى بينها اللغويون ، ونظمها الأصوليون بباب الدلالات فى علم الأصول •

وإن ذلك ينتهى بنا إلى أن نتقيد فى التفسير بأمرين :

أحدهما : ما تدل عليه الألفاظ لغة ، وما يرسمه اللغويون من دلالات للألفاظ ، ونستعين بما نظمه الأصوليون من قواعد للدلالات •

ثانيهما : الاستعانة بمقصد المقتن إن تبينت أماراته ، وقامت شواهد ، على ألا تحمل الألفاظ ما لا تحتمل ، بل يرجح المقصد أحد احتمالاتها ، ويعين المراد إن لم يكن اللفظ محكما فيه •

٢٣٤ - وإننا إذ نقيد أنفسنا فى التفسير ذلك التقييد نجد الطريق معبدا ،

بل أن الألفاظ فيه لا تحتاج إلى تفسير ، فالمقتن صرح تصريحاً قاطعاً ، لا مجالاً للريب فيه بقدر الوصية الواجبة ، فقالت المادة — ٧٦ — في عجزها ، « وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب (أى نصيب الولد المتوفى ميراثاً) في حدود الثلث » .

فالوصية الواجبة تكون بقدر نصيب الولد المتوفى ميراثاً لو كان حياً ، فكل حل يعطيه أكثر من ذلك القدر يكون قد أعطاه أكثر من الوصية الواجبة التي نص عليها القانون .

الجزء الذى ساقه فضيلة المفتى لا يخالف ذلك النص ، ويتبين ذلك بأدنى تأمل ، فصدر المادة الذى أخذ منه مأخذه — نصه : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته » التعبير بكلمة مثل يراد بها أصل معناها اللغوى وهو المماثلة والمساواة في التقدير ، فهي تعين أن القدر لا يصح أن يزيد عما كان يستحقه ابنه لو كان حياً ، ثم هناك كلمة أخرى تؤكد المراد من أن الوصية الواجبة لا يصح أن تزيد عن مقدار ما كان يستحقه الولد المتوفى في حياة أبويه وهى : « ما كان يأخذه الولد ميراثاً يؤول إلى فرعهِ ، فلا يصح أن يكون ما يأخذه الفرع أكثر مما كان يأخذ الولد الذى أخذ هو عنه » .

وعلى ذلك ننتمى بأن المادة تصرح بأن النصيب الذى يستحقه الفرع يكون بقدر ما يستحقه أصله لا يزيد عليه أى مقدار ، مهما يكن قليلاً ، واستفيد ذلك من عبارة المادة في ثلاثة مواضع :

أولها : التعبير بكلمة « مثل ما كان يستحقه » وكلمة مثل يراد منها المماثلة والمساواة ، ولا مساواة إذا كان أحد الشئئين أكثر من الآخر .

وثانيها : كلمة « يستحقه ميراثاً لو كان حياً » فهذه تقتضى أن يعرف مقدار إرثه ، ثم يعطى فرعهُ ذلك المقدار لا يزيد عليه ، فإذا كان هناك حل يعطيه أكثر مما يأخذه أصله ميراثاً يكون باطلاً ومخالفاً لنص القانون .

وثالثها : وهو الأخير عبارة وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا

النصيب • وإذا كان النص كذلك فالتفسير اللفظي الحرفي في المادة صريح كل الصراحة في أن الوصية الواجبة لا تكون بأكثر مما يستحقه الولد الذي توفي في حياة أحد أبويه ميراثا ، فكل حل يؤدي إلى إعطائه أكثر يكون مخالفا لنص القانون ، وكل مخالفة لهذا النص تكون باطلة ، والحل الذي يؤدي إليها يكون غير مستقيم •

٢٣٥ - وإن المقصد الذي رُمى إليه المقتن من سن الوصية الواجبة أن هذا الفرع له نصيب والده ، لكيلا يحرم فروع من يموت في حياة أحد أبويه ، وهم ذرية ضعاف ، ولم يقصد المقتن قط أن يعطيهم أكثر من نصيب أبيهم وإلا كان ذلك شططا ، وخروجا عن الجادة ، إذ كيف يعطي الفرع باسم أبيه أو أمه أكثر مما كان يأخذه أبوه أو أمه ، وهذا غريب في بدائه العقول ، وكان ذلك وحده كافيا لأن يعتبر الحل الذي يؤدي إليه غير مستقيم •

وفوق ذلك أن الذي يستحقه الفرع لا يستحقه بذاته ، بل يستحقه بالتلقى عن أصله الذي مات في حياة أحد أبويه ، ولقد كان ذلك مفهوما لدى أعضاء مجلسي الشورى ، وهو ما سوغ لهم الموافقة •

وقد قال أحد الشيوخ مدافعا عن الوصية الواجبة ، فوق منبر مجلس الشيوخ ، وفي حضرة صاحب الفضيلة مندوب وزارة العدل ، قال ذلك الشيخ ما نصه :

« رجل يملك ، وله أولاد وبنات ، فإذا مات ولد من أولاده ، أو ابن ابن من طبقة أو طبقتين أو من ثلاث ، فهؤلاء كأنهم يرثون بالتعصيب ، وابن الابن وإن نزل يعتبر كأنه يمثل الابن الأول الذي مات ، ويرث من المورث فيما يخرج من الثلث ، لأنها وصية ، فيأخذ نصيبه ملكا ، وهكذا المالك إذا كان له من أولاده بنت ، فالبنت إذا ماتت قبل ابنها يحتم القانون أن أبناء البنت ذكورا وإناثا يمثلون أمهم ، ويرثون في المورث ، ومتى ورثوا ، ورثوا ملكا وانتفاعا ، وينتقل إلى ورثتهم من بعدهم » •

قال هذا العضو ، وهو من أعضاء لجنة العدل في المجلس مسوغا للقانون مدافعا عنه ، ولم يخالفه أحد - وخصوصا فضيلة ممثل وزارة العدل - أو بالأحرى ممثل لجنة الأحوال الشخصية التي وضعت القانون ، ولم يعترض

في اعتبار الوصية الواجبة إحصالا لفرع الولد المتوفى محل أبيه فيما كان يستحقه من ميراث ، بيد أن استحقاق الفرع لا يستحقه ميراثا ، لمخالفة ذلك لنصوص القرآن ، والسنة المتضافرة ، بل يستحقه على أنه وصية ، تنفذ من التركة كلها وفي دائرة الثلث .

وإذا كان كذلك فالفكرة التي يتجه إليها المقتن ، وتعتبر مقصده الثابت أن الفروع يأخذون نصيب أصلهم الذي مات في حياة أحد أبويه . وبالبناء على ذلك يتقرر أن الفروع يستحقون بالتلقى عن أصلهم المتوفى في حياة أحد أبويه ، وكيف يعطون نصيبا أكثر ممن يتلقون الاستحقاق عنه ، إن هذا في القياس عجيب .

٢٣٦ - وغرق ذلك أن القانون يوجب بنصه أن يفرض الولد الذي توفي في حياة أحد أبويه حيا ، ويبين ما يأخذه ميراثا ، لأن نص المادة يقول : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي توفي في حياته أو مات معه ، ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته وجبت إلخ » . فالقانون بصريح لفظه يوجب فرض حياته ، وإعطاء نصيبه ميراثا ثم نقل نصيبه هذا إلى فرعه ، والحل الذي يجعله وصية بمثل نصيب أحد الورثة لا يفرضه حيا ، بل يزيد بمقدار سهام أحد الأولاد من غير حاجة إلى الفرض حيا ومن غير حاجة إلى تعرف مقدار ميراثه ، وهذه مخالفة واضحة لصريح القانون .

٢٣٧ - تبين مما تقدم مخالفة الحل الذي يجعل الوصية الواجبة وصية بمثل نصيب أحد الورثة - للقانون ، وبقي أن نجيب عن أمرين جاءا على لسان فضيلة الأستاذ المفتي الجليل ، الذي أصدر هذه الفتوى : أولهما : أنه إذا قال الموصي : أوصيت لفرع ولدي فلان الذي توفي في حياتي بمثل نصيب ابن من أبنائي ، فكيف نطها ؟ الجواب عن ذلك أننا نعتبرها وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وتكون في ضمنها الواجبة ، وما زاد على الوصية الواجبة وفي نصيب المتوفى يكون وصية اختيارية ، وما من حرج على الموصي في أن يوصي لفرع ولده المتوفى بما يشاء غير مقيد بمقدار الوصية الواجبة ، والزائد يكون وصية اختيارية ، تستحق بهذا الأساس .

أما إذا لم يوص ، وهو ما نص عليه القانون ، فنحن مقيدون في تقدير الوصية الواجبة بمقدار ما كان يستحقه الولد المتوفى ميراثا لا تتجاوز ، ولكن قد تنقصه إذا كان أكثر من الثلث ، وينفذ على أنه وصية يستخرج مقدارها من التركة قبل التوزيع .

ثانيهما : أن فضيلة المفتي الجليل قال إن القانون لم يبين طريقة استخراج

الوصية الواجبة — فغلينا أن نرجع في طريق استخراجها إلى مذهب أبى حنيفة ونقول في الجواب عن ذلك : إن طريقة الاستخراج ليست حكما في موضوع لم يبين القانون حكمه ، إنما هي توضيح للقانون ، وتطبيق له ، وما يسوغ أن نرجع في تطبيق أحكام قانون إلى مذهب لم يؤخذ القانون منه ، ولم يكن له أصلا ، وفوق ذلك فإن القانون لا يضع طريقة لحلول مسائله ، إنما يتركها للمطبق ، بحيث لا يخرج عن نصوصه وأحكامه ، بل يبحث عن أوفق الحلول لمطابقة نصه ومقصده ، وهذا قانون الميراث فهل فيه طرق حل المسائل ، إنما ترك ذلك للمطبق .

ثم إن ادعاء أن القانون لم يشتمل على الإشارة إلى طريقة الحل — غير سليم ، لأن القانون يصرح بأن الولد المتوفى يفرض حيا ويستخرج نصيبه ميراثا ، ويعطى فرعه في حدود الثلث ، على أنه وصية ، وتكرر ذكر ذلك النص ، إذ تقول المادة ٧ — إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل نصيب هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته ، فهو صريح في وجوب فرضه حيا ، واستخراج نصيبه ميراثا وإخراجه من التركة على أنه وصية ، ثم يقسم الباقي من التركة بعد ذلك بين الورثة الشرعيين ، فكيف يدعى بعد ذلك أن القانون لم يبين طريق الحل .

وأخيرا ، لو كان القانون لم يبين طريق الحل ، فلا يصح أن نأتى بحل يهدم نصه ومقصده .

فلا يرجع إذن إلى مذهب أبى حنيفة في استخراج الحل لأن الحل ليس حكما ، بل هو تطبيق لما اشتمل عليه القانون من حكم ، وتفسير لمقاصده والعماد في ذلك القانون نفسه وقسوة استنباط المفسر .

وحل فضيلة الأستاذ الجليل يخالف نص القانون ، ويخالف مقصده ، فلا يمكن أن يعتبر حلا لمسائله .

٢٣٨ — ونريد أن نذكر فضيلة الأستاذ المفتي الجليل بأن هذا القانون زيادة عن فرائض الله سبحانه ، وأنه إلزام بما لم تلزم به نصوص الكتاب الكريم ولا مآثور السنة النبوية الشريفة ، ولم يؤثر عن إمام إلزام بما لم يؤثر عن المشهورين من فقهاء الصجاية ، ولم يذكره أحد من جمهور الفقهاء ، فهل يسوغ بعد هذا أن نزيد في العطاء ، ونعطي ابن الابن أكثر مما كان يأخذه أبوه ، وينت البنت أكثر مما كانت تأخذ أمها ، اللهم إنا قد آديننا أمانة العلم وأظننا في البيان ، لكي نخرج من الربكة ولا نتحمل التبعة ، والله على ما أقول شهيد .

٢٣٩ — والآن نستعرض بعض المسائل ، ونبين طريق حلها :

(أ) إذا توفي شخص وترك بنتين وابناً ، وأباً وأماً ، وبنت ابن توفي أبوها في حياة المتوفى وترك تركة قدرها ٤٠٠ هـ فإنه يفرض الابن المتوفى حياً ، وتقسم التركة بالسهم على ذلك الأساس ، فيكون للأب السدس ، ولأم السدس والباقي للأبناء والبنات . ويكون أصل المسألة ٦ ، ويصحح إلى ١٨ ، فيخص الأب ٣ ، والأم ٣ وكل بنت ٢ — وكل ابن ٤ فيكون سهام الابن المتوفى ٤ ، ويخرج من التركة فتكون ١٢٠ هـ فهذا هو مقدار الوصية الواجبة . ثم يقسم باقي التركة من جديد وقدره ٣٤٠ هـ على الورثة الحقيقيين كأنه لا أحد سواهم .

(ب) وإذا توفي شخص عن زوجة ، وبنت ، وبنت بنت توفيت في حياة المورث ، والتركة ٤٨٠ هـ فتفرض البنت المتوفاة على قيد الحياة وتأخذ مع الأخرى ثلثين ، والزوجة الثمن ، يرد الباقي عليهما فيكون نصيب المتوفاة أكثر من الثلث فلا تعطى ابنتها إلا الثلث ، ويخرج من التركة فيكون الباقي ٣٢٠ هـ يقسم على الورثة الحقيقيين ، وهم الزوجة والبنت ، فالزوجة تأخذ الثمن ، والباقي للبنت فرضاً ورداً .

(ج) وإذا توفيت عن زوج ، وبنت ابن وبنت بنت ماتت في حياة أمها ، وتركت ٤٥٠ هـ ، فإن البنت تفرض موجودة على قيد الحياة ، ويأخذ الزوج الربع ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس ، والباقي يرد على بنت الابن ، والبنت ، ويكون استحقاق البنت على ذلك أكثر من الثلث . فتعطى بنتها الثلث ويخرج من ٤٥٠ هـ ، فيكون الباقي ٣٠٠ هـ يقسم على الورثة الحقيقيين وهما الزوج وبنت الابن فيكون للزوج الربع ، والباقي لبنت الابن فرضاً ورداً .

(د) وإذا توفي شخص عن بنتين ، وبنت ابن توفي في حياة أبيه ، وبنت ابن ابن توفيا في حياة المورث ، فإنه في هذه الحال يستخرج نصيب الابنين اللذين توفيا في حياة أبيهما فيكون لهما ثلث تركته ، وعلى ذلك لا تنفذ الوصية إلا في الثلث ، فإن كانت التركة ١٨٠ هـ فإن الوصية الواجبة هي ٦٠ هـ تقسم بين الابنين ، ويكون نصيب كل ابن يذهب إلى فرعته ، فيخص بنت الابن ٣٠ هـ ويخص بنت ابن الابن ٣٠ هـ .

(هـ) توفي شخص عن أخت شقيقة ، وأخت لأب ، وأخوين لأم ، وبنت بنت توفيت في حياة أبيها فإنه في هذه الحال تفرض البنت على قيد الحياة ، ويكون نصيبها النصف ، فتكون الوصية الواجبة بمقدار الثلث فقط ، فإن كانت التركة ٣٦٠ هـ كانت الوصية الواجبة ١٢٠ هـ ، ويقسم الباقي بين الورثة الشرعيين وهو ٢٤٠ هـ فيكون للأخت الشقيقة النصف ، وللأخت لأب السدس وللأخوين لأم الثلث ، ويكون أصل المسألة ٦ ، توزع التركة على ذلك الأساس . والله سبحانه وتعالى وارث الأرض ومن عليها ، وإليه المصير .

« تم بحمد الله »

محتويات الكتاب

صفحة	الموضوع
٣	افتتاحية الكتاب
٥	تمهيد في بيان أنواع التركة
٧	حق الملك بالخلافة
٨	الخلافة الاجبارية
٨	تعلق حق الورثة
٩	الوصية بتقسيم التركة
١٢	تصرفات المريض
١٦	حق الورثة والدائنين
٢٢	لا تركة الا بعدد سداد الديون
٢٧	مراتب الديون وأحوالها
٣٠	ديون الله وديون العباد
٣٤	حلول الديون المؤجلة
٣٨	حكم القانون المدني الجديد
٤١	تنفيذ الحقوق المتعلقة بالتركة
٤٢	معنى التركة
٤٦	ما تتجه اليه القوانين المصرية
٤٨	التجهيز والتكفين
٥١	تسديد الديون
٥٣	قسمة التركة
٥٦	القانون وتسديد للديون
٦٥	التصرف في التركة
٧٣	أحكام المواريث
٧٣	المستحقون للتركة
٧٤	ما لم يكن له وارث
٧٥	الاقرار بالنسب
٧٧	الموصى له بأكثر من الثلث

الموضوع	صفحة
الموصى له القاتل	٧٧
الوراثة وأسبابها وترتيبها	٧٩
طريقة توزيع التركة	٨٢
شروط التوريث	٨٣
توريث المفقود والفرقي والهدمي	٨٤
دراسة فقهية مقارنة لشروط التوريث وموانعه	٨٧
موت المورث وحياة الوارث	٩٠
موانع الميراث والاختلاف فيها	٩٢
القتل المانع من الميراث	٩٤
القتل بعذر	٩٧
اختلاف الدار	٩٨
ميراث المرتد	١٠١
أصحاب الفروض	١٠٥
ميراث الزوجين	١٠٦
ميراث المطلقة	١١٠
ميراث أولاد الأم	١١٢
ميراث البنات	١١٤
ميراث بنات الابن	١١٦
ميراث الأخوات الشقيقات	١٢١
المسألة المشتركة	١٢٤
ميراث الأخوات لأب	١٢٦
ميراث الأب	١٢٩
ميراث الأم	١٣٠
ميراث الجد وفيه مذاهب	١٣٣
ميراث الجدة	١٤٣
نظرة عامة في أصحاب الفروض	١٤٩
أصول المسائل وتصحيحها	١٥٠

صفحة	الموضوع
١٥٣	العول
١٥٧	العصبات النفسية
١٥٨	ما يقوم عليه التوريث بالتعصيب
١٦١	ترتيب العصبات
١٦٥	الميراث بوصفين
١٦٦	تمدد القرابة
١٦٧	الحجب
١٦٨	المنع والحرمان
١٧٣	الرد
١٧٥	اختيار القانون
١٧٩	ذوو الأرحام
١٨١	ست طوائف ذكرها القانون
١٨٣	ترتيب استحقاق ذوى الأرحام
١٨٩	الترجيح بين ذوى الأرحام
١٩٢	اختلاف توريثهم على ثلاث طرائق
١٩٩	جوهر وجوه الاختلاف
٢٠٢	الرد على أحد الزوجين
٢٠٢	العصبة السببية
٢٠٣	ترتيب درجات الاستحقاق
٢٠٥	ثبوت الولاء على غرور من أعتقه
٢٠٧	نظرة الى التوريث فى الاسلام
٢٠٩	ثلاثة أقطاب يقوم عليها التوريث
٢١٢	من تكون له التركة ان لم يكن وارث
٢١٣	أحكام لبعض الوارثين
٢١٣	الحمل
٢١٥	ميراث الحمل بتقديرين
٢١٦	شرطان لميراث الحمل

الموضوع	صفحة
المفقود	٢٢٠
الخنثى المشكل	٢٢٥
موازنة بين الحمل والخنثى	٢٢٦
ولد اللعان وولد الزنا	٢٢٨
التخارج	٢٣١
التخارج مع بعض الورثة	٢٣٥
الوصية مع الميراث	٢٤٠
الوصية الواجبة	٢٤٤
شروط الوصية الواجبة	٢٤٦
خلاف مع المفتى في وقته	٢٥٢
ما يقصده قانون الوصية الواجبة	٢٥٦
هل يجوز الرجوع في تفسير القانون	٢٥٨
أمثلة على الوصية الواجبة وحلها	٢٥٩
الفهرست	٢٦١

رقم الايداع

٨٧/٨٢٦٧

دار الاشماع للطباعة
١٤ شارع عبد الحميد — جنينة قنايس
السيدة زينب — القاهرة
ت : ٣٦٣.٤٦٩

مؤلفات الإمام الشيخ محمد أبو زهرة

- خاتم النبیین : - الإمام الصديق :
- ثلاثة أجزاء - في مجلدين حياته • عصره • آراؤه • فقه
- المعجزة الكبرى (القرآن الكريم) - ابن حزم : - تاريخ المذاهب الإسلامية :
- جزءان في مجلد واحد حياته • عصره • آراؤه • فقه
- الأحوال الشخصية - الوحدة الإسلامية
- الجريمة في الفقه الإسلامي - الخطابة
- العقوبة في الفقه الإسلامي - تاريخ الجدل
- أصول الفقه - الملكية ونظرية العقد
- أحكام التركات والموارث - شرح قانون الوصية
- أبو حنيفة : - محاضرات في الوقف
- حياته • عصره • آراؤه • فقه - محاضرات في عقد الزواج وآثاره
- مالك : - مقارنات الأديان
- حياته • عصره • آراؤه • فقه - الدعوة إلى الإسلام
- الشافعي : - تنظيم الإسلام للمجتمع
- حياته • عصره • آراؤه • فقه - تنظيم الأسرة وتنظيم النسل
- ابن حنبل : - الولاية على النفس
- حياته • عصره • آراؤه • فقه - العلاقات الدولية في ظل الإسلام
- ابن تيمية : - النكاح الاجتماعي في الإسلام
- حياته • عصره • آراؤه • فقه - الميراث عند الجعفرية
- الإمام زيد : - المجتمع الإنساني في ظل الإسلام
- حياته • عصره • آراؤه • فقه - العقيدة الإسلامية
- بحوث في الربا

* * *

تطلب جميعها من متلزم طبعها ونشرها وتوزيعها

دار الفكر العربي

الادارة : ١١ شارع جواد حسنى بالقاهرة

ص ب ١٣٠ الرمز البريدي ١١٥١١

ت : ٣٩٢٥٥٢٣ - ٣٩٢٠٩٥٦ فاكس ٣٩١٧٧٢٣

